

法學博士 學位論文

傭船契約에서의 프리스트레이션
法理에 관한 研究

*A Study on the Frustration Doctrine in the
Charter Party*

指導教授 鄭 暎 錫

2008年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

禹 普 娟

本 論文을 禹普娟의 法學博士 學位論文으로 認准함.

委員長 黃 鉦 源 (印)

委 員 沈 相 武 (印)

委 員 朴 成 日 (印)

委 員 丁 大 (印)

委 員 鄭 暎 錫 (印)

2008年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

禹 普 娟

目 次

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	3
I. 研究의 範圍	3
II. 研究의 方法	5
第2章 英美法上 프러스트레이션 法理의 意義	7
第1節 프러스트레이션의 意義와 沿革	7
I. 프러스트레이션의 意義	7
II. 프러스트레이션 法理의 沿革	8
1. 英國에서의 프러스트레이션 法理의 發達	8
2. 美國에서의 프러스트레이션 法理의 發達	16
第2節 프러스트레이션 法理의 理論的 根據	23
I. 契約當事者の 意思를 重視하는 學說	24
II. 法院의 解釋을 重視하는 學說	26
1. 契約基礎喪失說	26
2. 正當解決說	27
3. 債務變更說	29
III. 其他 學說	30
1. 共通錯誤說	30
2. 合理的인 第3者說	31
3. 約因의 不成就說	31
4. 欠缺補充說	31
5. 等價關係 破壞說	32

第3節 프리스트레이션 概念의 多義性	32
第3章 傭船契約上 프리스트레이션의 成立要件	35
第1節 프리스트레이션의 成立要件	35
I. 豫測하지 못한 事件의 發生	36
1. 概念	36
2. 事例	38
II. 後發的 履行不能	38
1. 概念	38
2. 事例	39
III. 歸責事由不在	60
1. 概念	60
2. 事例	61
第2節 航海傭船契約上 프리스트레이션의 成立要件	62
I. 豫測하지 못한 事件의 發生	63
II. 後發的 履行不能	63
1. 履行의 物理的 不能	63
2. 契約目的의 達成不能	73
III. 歸責事由不在	77
第3節 定期傭船契約上 프리스트레이션의 成立要件	80
I. 豫測하지 못한 事件의 發生	81
II. 後發的 履行不能	81
1. 履行의 物理的 不能	81
2. 契約目的의 達成不能	88
III. 歸責事由不在	90
1. 契約違反	90
2. 意圖的인 行爲와 選擇	91
3. 不注意	92
第4節 立證責任	92

第4章 傭船契約上 프리스트레이션의 效果	94
第1節 契約의 終了	94
第2節 危險負擔	96
I. 航海傭船契約上의 效果	96
1. 프리스트레이션 成立 以前의 兩當事者의 履行義務	97
2. 契約終了 以後의 貨物의 任置	99
II. 定期傭船契約上의 效果	100
1. 定期傭船契約上 프리스트레이션의 效果의 問題點	101
2. 1943년 法律改革法에 의한 프리스트레이션 法理의 變更	104
第3節 프리스트레이션 排除約款의 效力	112
I. 航海傭船契約上의 效力	114
II. 定期傭船契約上의 效力	117
第5章 商法上의 프리스트레이션 法理의 導入方案	119
第1節 프리스트레이션의 本質	119
I. 既存學說	121
1. 事情變更의 原則	121
2. 歸責事由 없는 後發的 履行不能	130
II. 프리스트레이션의 本質	134
1. 事情變更의 原則과 프리스트레이션 法理	134
2. 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 프리스트레이션 法理	136
3. 프리스트레이션의 本質	139
第2節 商法上의 프리스트레이션 法理의 導入方案	140
I. 傭船契約에 관한 商法規定의 問題點	140
II. 프리스트레이션 法理의 導入方案	141
第6章 結論	144
參考文獻	147
ABSTRACT	153

第1章 序論

第1節 研究의 目的

20세기 이후 세계경제는 국제거래의 증가로 국가 간의 경제적 상호의존성이 매우 높아진 상태이다. 물건매매계약을 비롯하여 운송계약, 보험계약 등이 국제거래에서 체결되고 있으며, 이러한 계약들은 각국의 法制가 통일되지 않아서 분쟁발생시에 통일적인 해결기준이 없다.

특히 운송계약 중 국제물류를 주도하는 운송의 형태는 해상운송¹⁾으로 가장 중요한 부분이다. 예를 들어 계약이 종료되기 전에 어떤 돌발적인 사태가 발생하여 계약당사자들의 의지와는 관계없이 계약의 존속이 무의미해지는 경우가 있다. 이런 경우 “계약은 이행되어야 한다(Pacta sunt Servanda)”는 “契約神聖의 原則(Doctrine of Sanctity of Contract)”을 고수하여 책임 없는 계약당사자에게 이행을 강요하는 것이 정당한가의 문제가 발생하게 되는 것이다. 양당사자의 과실 없이 그들의 통제범위를 벗어난 후발적 사건발생으로 인하여 더 이상의 계약이행이 불가능해지거나, 후발적 위법으로 된 경우, 또는 물리적으로는 이행이 가능하나 계약체결 당시 당사자들이 의도했던 계약목적을 근본적으로 파괴시키는 경우 등과 같은 결과를 초래하게 되었을 때, 계약당사자에게 이행을 강요하는 것에서 야기되는 불합리성을 개선하고자 발전한 것이 바로 “프러스트레이션 법리(Doctrine of Frustration)”이다.

프러스트레이션 법리가 가장 발달한 나라는 영국으로, 각국은 이를 수용하여 각국의 법으로 그 법리를 발전시켰다. 커먼로(common law)상 엄격책임의 완화와 계약상 위험배분의 공정성을 확보하기 위해 발전한 프러스트레이션 법리는 목적물 멸실로 인한 물리적 이행불능과 해상법상의 계

1) 鄭煥錫, 傭船契約法講義(海印出版社, 2005), 7쪽.

약목적 달성불능을 중심으로 판례를 통해 형성된 법리이다. 이러한 프러스트레이션 법리를 적용하는 문제는 각국의 법제가 영미법계인가 또는 대륙법계인가에 따라 차이가 있다. 적용여부에 있어서도 계약서의 내용, 주변의 제반 상황, 계약이행을 방해한 사건의 진행기간, 계약체결 당시의 양당사자의 공통된 의도 등 각 사례별로 신중히 판단해야 하기 때문에 아직까지 프러스트레이션 법리의 체계적이고도 확립된 원칙이 없는 실정이다.

따라서 프러스트레이션의 법리는 제반 판결들에 대한 종합적 연구에 의해 정립될 필요가 있다. 프러스트레이션 법리의 분류방법은 사건의 원인별 형태를 기준으로 後發的 履行不能, 後發的 違法, 戰爭의 勃發, 契約目的의 達成不能으로 나누고, 계약의 형태를 기준으로 僱傭契約, 傭船契約, 物件賣買契約, 運送契約, 建築契約, 賃貸借 契約 등으로 분류될 수 있는데²⁾ 본 논문에서는 傭船契約을 중심으로 프러스트레이션의 사건 原因別 形態를 기준으로 그 成立과 效果를 考察하고자 한다.

프러스트레이션 법리를 구성하고 있는 많은 판례들 특히 契約目的達成不能을 구성하는 판례는 船舶滅失 및 傭船開始의 遲延 등을 사유로 한 용선계약에 있어서의 프러스트레이션 사건이 대부분을 차지하고 있다. 용선계약은 선박을 이용한 운송계약의 형태 중 가장 오랜 역사를 가진 운송계약으로 석탄, 곡물, 광석과 같은 원료 및 자동차, 철강과 같은 완성품 및 냉동화물 등은 대부분이 용선된 선박에 의해 운송되고 있는 실정이다.³⁾ 용선계약은 정형화된 표준계약서를 이용하여 계약을 체결하고 있으나, 계약자유 원칙에 따라 약관을 삽입하여 일정한 특약을 규정하고 있기도 하다. 예기치 못한 후발적 사태가 약관에 규정이 되어 있느냐, 되어 있지 않느냐에 따라서 혹은 약관에 규정되어 있더라도 그 내용이 계약의 근본적 내용에 영향을 미치는 것인지에 따라서 프러스트레이션의 성립여부가 판단된다.

그러나 우리나라의 경우 용선계약상의 프러스트레이션에 관한 어떠한 규정도 존재하고 있지 않을 뿐만 아니라, 법리해석에 있어서도 입장을 달

2) A. G. Guest, et. al., *Chitty on Contracts*, No.1, 26th ed. (London : Stevens & Maxwell), 1989, pp. 1023.

3) 鄭暎錫, 前掲書, 11쪽.

리 하고 있으므로 분쟁 발생시 프러스트레이션 법리의 적용여부를 판단할 명백한 기준도 없는 실정이다.

특히 傭船契約에서 傭船料가 선불된 경우에 문제가 된다. 운송계약의 경우 이는 都給契約의 성질을 갖는 것이므로 운송이 완료된 이후에 運賃이 지급되는 것이 원칙이다. 그러나 海上運送契約에서는 운임의 선불을 약정하는 것이 일반화되어 있어 당사자의 귀책사유 없는 사건의 발생으로 인하여 계약이 이행불능이 된다면 선불된 용선료를 반환하지 않는 것이 사실상 관행이 되어 있다. 영국법을 준거법으로 하는 경우는 프러스트레이션의 법리가 적용되어 용선료 반환에 대한 부분이 적용될 수 있으나, 준거법약관이 불분명 하거나, 바지선과 같이 국내법의 적용을 받는 선박이 용선된 경우는 선불된 용선료 반환과 관련하여 문제가 발생한다. 이로 인하여 분쟁 당사자에게 혼란을 초래하고 있으므로 법리를 연구하여 우리 상법을 적용할 경우에도 동일한 효과를 가져올 수 있도록 할 필요가 있다.

이에 본 논문에서는 첫째, 영미법상의 프러스트레이션 법리의 성립과 효과를 기초로 하여, 용선계약에 있어서 프러스트레이션이 성립과 효과를 중점적으로 고찰하고자 한다. 둘째, 대륙법계에 속하는 우리나라는 프러스트레이션 법리를 事情變更의 原則으로 파악하기도 하고, 履行不能으로 파악하고 있어 이에 프러스트레이션 법리를 우리 民商法上の 理論과 비교분석하여 프러스트레이션의 본질을 연구하고자 한다. 셋째, 우리 상법이 적용되는 용선계약에서도 영미법상의 프러스트레이션 법리를 적용할 수 있도록 立法的 改善方案을 提示하고자 한다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

I. 研究의 範圍

英美法上の 프러스트레이션 法理를 바탕으로 傭船契約에서의 프러스트레이션이 성립되는 경우와 성립시 발생하는 효과를 고찰하고, 既存學說과의 比較·分析을 통해 프러스트레이션의 本質을 研究하여 傭船契約法上

立法的 改善方案을 提示하는 것이 본 論文의 目的이다.

우선 프러스트레이션 법리는 物件賣買契約이나 賃貸借契約, 個品運送契約 등 契約全般⁴⁾에 적용되나, 본 논문에서는 傭船契約을 중심으로 프러스트레이션 법리를 살펴보고자 한다. 傭船契約의 分類를 改正商法에서는 定期傭船, 航海傭船, 船體傭船으로 구분하고 있으나, 본 연구에서는 선체용선을 제외한 定期傭船과 航海傭船을 중점적으로 고찰하였다. 프러스트레이션 法理의 適用範圍는 커먼로의 적용을 받는 航海傭船契約과 個品運送契約과 1943년 법률개혁법(Law Reform(Frustrated Contracts) Act, 1943)⁵⁾의 적용을 받는 定期傭船契約과 船體傭船契約으로 구분할 수 있다. 판례를 근본으로 형성된 프러스트레이션 법리는 해상법상의 사례 중 대부분이 항해용선이나 정기용선과 관련된 것으로서 본 연구에서는 정기용선과 항해용선을 중점적으로 연구하였다. 또한 영미법상의 프러스트레이션 법리이긴 하나, 미국의 경우는 영국의 태도를 따르고 있으므로 영국의 커먼로상 형성된 프러스트레이션의 법리를 중점적으로 다루었다.

이러한 전제하에 아래와 같이 본 논문을 전개하였다.

第1章 序論에서는 研究의 目的과 研究範圍 및 方法을 소개했다.

第2章 英美法上の 프러스트레이션 法理의 意義에서는 첫째, 프러스트

4) 영국은 부동산 Lease 계약은 부동산의 단순한 임대차와는 달리 소유권적 권리(Proprietary Rights)를 부여하는 것으로, 계약의 목적이 공통적인 것으로 되지 않고, 특히 토지의 경우 물리적 멸실이 있을 수 없음을 이유로 프러스트레이션의 법리가 적용되지 않는다. 단, 단기의 Lease 계약인 경우에는 프러스트레이션이 성립된다. 미국은 Lease 계약을 物權的 權利의 設定으로 보기도 보다는 契約으로 보는 경향이므로 프러스트레이션 법리적용을 인정하고 있다. 그 외 부동산매매계약이나 동산임치계약에서는 원칙적으로 프러스트레이션 법리가 적용되지 않으나, 토지매매계약에 있어서 토지가 점유이전되기 전에 정부에 의해 징용된 경우나 동산임치계약에서 수치인이 우연한 사고로 인한 물건멸실과 적절한 주의를 다하였음을 입증하면 예외적으로 프러스트레이션 법리가 적용된다; 金濬炯, “英美法上 FRUSTRATION 理論”, 成均館大學校 大學院 碩士學位請求論文(1988), 91~95쪽 참조.

5) 법률개혁(프러스트레이션 계약)법은 ‘Law Reform(Frustrated Contracts) Act, 1943’이 정식명칭이나, 이하에서는 ‘1943년 법률개혁법’으로 한다.

레이션의 意義 및 프리스트레이션의 形成過程을 考察하고, 영국과 미국에서의 프리스트레이션 법리의 展開過程을 살핍으로써 英美法上의 프리스트레이션의 기본 개념을 정립하였다. 둘째, 프리스트레이션 법리를 이루는 이론적 근거를 연구하여 그 法的性質을 규명하고, 法理適用에 있어서 제시되는 問題點 및 立法的 흐름을 검토하였다.

第3章 傭船契約上 프리스트레이션 成立要件에서는 기존의 프리스트레이션과 관련된 판례들을 분석하여 용선계약상의 프리스트레이션이 어떤 요건 하에서 성립되는지를 고찰하였다. 첫째, 항해선계약상 프리스트레이션의 성립요건을 고찰하였다. 둘째, 정기용선계약상 프리스트레이션의 성립요건을 고찰하였다.

第4章 傭船契約上의 프리스트레이션의 效果에서는 ‘契約의 終了’라는 기본적인 효과를 살펴보고, 계약종료에 의하여 발생하는 위험부담의 문제를 커먼로의 적용을 받는 항해용선계약과 1943년 법률개혁법의 적용을 받는 정기용선계약으로 나누어 고찰하였다.

第5章 商法上의 프리스트레이션 法理의 導入方案에서는 첫째, 英美法上의 프리스트레이션의 法理와 大陸法界인 우리나라 民商法上 既存學說인 事情變更의 原則과 歸責事由 없는 後發的 履行不能을 比較·分析하여 우리나라에서의 프리스트레이션 本質을 考察하고, 둘째 商法上 프리스트레이션 法理의 導入方案을 立法案으로 提示하였다.

第6章 結論에서는 第2章 내지 第5章의 연구 내용을 종합 정리하였다.

II. 研究의 方法

본 研究는 기존의 文獻資料에 의한 접근방법을 택했다. 보다 체계적이고 실용적으로 연구하기 위해 실무적인 내용 및 假說·檢證을 통한 實證的 研究方法를 병행하는 것이 합리적이거나, 이 논문의 연구주제의 특성상 기존의 관련 論文 등 文獻을 검증하는 文獻的 研究方法를 중심으로 전개하였다.

현행 法制度上의 내용을 기초로 하여 프리스트레이션 법리에 대한 기존 論文, 著書등을 檢討하여 比較·分析하는 방법을 채택한 것이다.

第1章 研究目的과 範圍 및 方法을 서술방식으로 제시하였다.

第2章 英美法上の 프러스트레이션 法理의 意義에서는 기존의 관련 論文 및 判例의 內容을 檢討하고, 英美契約法의 規定을 分析하는 文獻的 研究方法을 採하였다.

第3章과 第4章은 容選계약에 있어서의 프러스트레이션 成立要件과 效果를 第2章에서 서술한 一般적 원칙을 前提로, 判例分析의 方法을 主로 하여 그 內容을 전개하였다.

第5章 商法上の 프러스트레이션 法理의 導入方案에서는 우리나라법과 英美法上の 法理를 比較・分析하는 方法을 통해 프러스트레이션의 本質을 도출하였다.

第6章 結論은 제1장에서 제시한 目的과 範圍 및 方法으로 전개된 研究 內容을 종합 정리하는 서술방식을 採했다.

第2章 英美法上 프러스트레이션 法理의 意義

第1節 프러스트레이션의 意義와 沿革

I. 프러스트레이션의 意義

영미법상의 프러스트레이션⁶⁾ 법리(Doctrine of Frustration)란 당사자가 계약을 체결한 후 예상하지 못했던 사건의 발생으로 인하여 양 당사자의 과실 없이 급부의 이행이 불가능하게 되거나, 급부의 이행이 물리적으로는 가능하더라도 계약을 체결한 목적의 달성이 불가능하게 된 경우에 그 계약이 장래를 향하여 종료⁷⁾되는 것을 말한다.⁸⁾

프러스트레이션 법리의 개념은 영국과 미국을 중심으로 형성되었으며, 초기에는 계약 체결 후 契約目的物이 滅失된 경우를 중심으로 발생하였다. 그러나 제1차 세계대전 이후 계약 체결 후의 예기치 못한 사정의 변화로 계약의 이행을 강제한다면 당사자가 입게 될 부당한 결과를 구제하기 위하여 당사자로 하여금 계약의 구속에서 벗어나게 해주는 원리로서의 성격을 갖게 된 것이다.⁹⁾ 이와 같이 판례를 통해 성립된 프러스트레이션의 법

6) Frustration의 譯語로서는 「계약목적불달성」 또는 「계약의 좌절」이 널리 쓰이고 있으나, 본 논문에서는 프러스트레이션을 그대로 사용하고자 한다.

7) 계약의 종료는 ① 이행(performance), ② 합의(agreement), ③ 계약위반(breach), ④ 프러스트레이션(frustration) 등의 사유에 의해 인정된다; Clive M. Schmitthoff & David A. G. Sarre, *Charlesworth's Mercantile Law*, 13th ed. (London: Stevens & Sons, 1977), p. 117.

8) 田中和夫, 英美契約法(東京: 有斐閣, 1953), 340~341쪽; Henry C. Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979), p. 603.

리는 대표적으로 아래와 같이 정의되었다.

프러스트레이션의 정의에 관하여 Benjamin 판사는 “계약의 성립 후 물건의 所有權이 買受人에게 移轉하기 전에 양당사자의 과실없이 계약이 법적으로 履行不能이 되든가 또는 이행이 요구되었던 상황이 계약 체결시에 예상한 것과는 현저히 變更되어 이행할 수 없게 되는 경우에 賣買契約은 프러스트레이션이 된다”고 언급하고 있다.¹⁰⁾

Simon 판사는 “프러스트레이션이란 적법하고 유효하게 성립된 계약이 그 이후에 일어난 사고나 사정변경에 의하여 근본적으로 계약의 근거를 흔들어 놓을 정도로 되었거나, 계약성립시의 당사자들의 의도와는 전혀 다른 것으로 되었다고 법원이 인정할 정도로 중대한 장애와 사정의 변경이 발생하여 이행시기가 도래하기 전에 종료되는 것이다”¹¹⁾라고 하였다.

프러스트레이션의 법리는 ‘嚴格한 契約履行原則에서의 단순한 離脫이라기보다 커먼로(common law)가 보다 진화해서 확립된 實質적이고 特殊한 原則’¹²⁾이다. ‘絶對契約의 原則에 公正性を 기하기 위한 原則’이라는 주장을 통해 프러스트레이션 법리가 근본적으로 다루는 문제는 契約履行에 있어서 계약당사자들 간의 ‘公正한 危險配分’에 있으며, 그러한 점에서 正當性を 찾을 수 있는 것이다.

II. 프러스트레이션 法理의 沿革

1. 英國에서의 프러스트레이션 法理의 發達

17세기만 해도 계약의 이행은 절대적인 것으로 이행불능은 있을 수 없

9) 金學東, “英美法上の Frustration 法理”, 契約法の 特殊問題 ; 私法研究會編 (三英社, 1983년), 92쪽.

10) A. G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, 3rd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1987), p. 256.

11) Cricklewood Property And Investment Trust, Ltd. v. Leighton's Investment Trust, Ltd., (1945) A.C. 221, 228. ; 中村弘, 貿易契約の 基礎 (東京 : 東洋經濟新報社, 1983), 271쪽.

12) Denny, Mott & Dickson v. James B. Fraser & Co., Ltd. (1944) A.C. 274.

었으나, 19세기에 들어오면서 嚴格法主義가 완화된 판례상 프러스트레이션 법리가 형성되기 시작하였다. 판례상의 프러스트레이션 법리의 형성은 「19세기에 들어 約因(consideration)법리¹³⁾가 점차 그 엄격성이 완화된 예외가 인정됨으로써 채무의 소멸 내지 면책의 법준칙이 점차 증가하고, 그 결과 당사자가 임의로 인수한 채무로부터 한층 용이하게 벗어나게 된 경향」¹⁴⁾이 계약이행불능의 영역에 나타난 결과였다. 이러한 판례의 흐름에는 서로 상이한 두 가지가 있었다.¹⁵⁾ 제1의 系譜는 目的物の 滅失 또는 毀損에 의하여 해당 계약이 物理적으로 履行不能이 된 경우로 非海商法上の 履行不能이 여기에 속하고, 제2의 系譜는 海商法上の 契約目的이 達成不能으로 되어 契約이 終了하는 경우이다.¹⁶⁾ 이러한 系譜적으로 서로 상이한 두 개의 판례의 흐름이 후에 서로 합해져 오늘날의 프러스트레이션 法理가 정착하게 된 것이다.

1) 契約法の 基本原則(無過失責任主義)

19세기 중반 이전까지만 해도 “계약은 이행되어야 한다(Pacta Sunt Servanda)”는 계약신성의 원칙은 동서양을 막론하고 널리 인정된 원칙이었으며,¹⁷⁾ 특히 영국의 커먼로에서는 「인간은 계약을 체결한 이상 자신이

13) 約因이란 約束者の 특정 약속의 대가로써 受約者가 제공하는 행위나 협약을 의미한다. 다시 말해서 수약자가 약속자에게 경제적 가치가 있는 물건을 주거나, 이로인 행위를 하거나, 약속자에 대한 債權을 포기하거나, 약속자의 불이익을 수락하는 경우, 이러한 물건, 행위, 채권 및 불이익을 뜻한다. 영미법에서는 要式契約 이외의 단순계약에서는 約因이 없으면 계약이 성립되지 않는다 ; A. D. Hudson, *Dictionary of Commercial Law* (London : Butterworths, 1983), pp. 72~75.

14) Grant Gilmore, "The Assignee of Contract Rights and His Precarious Security", *The Yale Law Journal*, Vol.217, 237(1974), pp. 238~239 ; Barry Nicholas, "Force Majeure and Frustration", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.27 (1979), p. 235 ; 木下毅, 英美契約法の理論 (東京 : 東京大學出版會, 1977), 262쪽.

15) Arnold D. McNair, *Legal Effects of war*, 3rd ed. (Cambridge : Cambridge Univ Press, 1948), pp. 135~143.

16) 金學東, 前掲 論文, 89쪽.

보증한 채무를 절대적으로 이행해야 할 의무를 지닌다」는 엄격한 원칙을 취하였다.¹⁸⁾ 따라서 절대적인 계약에 의해 자신이 인수한 의무는 그 자체가 불법이 아닌 한, 설사 후발적으로 예측치 못했던 사고의 결과에 의하여 이행이 과중한 부담으로 되거나, 심지어 불가능하게 되었다 해도 별도의 특약이 없는 이상은 면책을 주장할 수 없다는 것이 커먼로상의 일반원칙이었다.

본래 영국의 계약법에서는 당사자는 계약을 체결한 이상, 자기가 부담한 채무는 절대적·무조건적(Positive or Absolute)으로 이행하여야 하며 비록 이행이 후발적으로 불가능하게 되어도 그것을 이유로 면책을 주장할 수 없는 無過失責任主義였다.¹⁹⁾ 즉 당사자가 계약 중에 일정한 경우에는 면책된다고 하는 약정을 하지 않는 한, 당사자는 절대적·무조건적인 계약을 체결한 것이 되고 계약체결 이후에 자기의 귀책사유 없이 이행을 불가능 혹은 곤란하게 만드는 사정이 발생하여도 채무는 존속하고 이행이 불가능한 경우는 이행 대신에 손해배상책임을 부담하였던 것이다.²⁰⁾

이러한 엄격한 원칙을 보여주는 대표적인 판결이 1647년 *Paradine v. Jane* 사건이다.²¹⁾

이 사건은 원고가 피고에 대하여 토지임대료를 청구하여 提訴하자 이에 대하여 피고는 임대차기간 중 적국인 독일의 군대가 그 토지를 점거하였으므로 임차한 토지로부터 아무런 이익을 얻을 수 없었다는 이유로 임대료의 지불의무가 없다고 항변한 것이다. 이에 대하여 英國 高等法院(King's Bench)은 「당사자가 스스로의 계약에 의하여 자신에게 의무 또는 책임을 부과한 경우에는 불가피한 필연성에 의해 어떤 손해가 발생하

17) 中村弘, 貿易契約の基礎 (東洋經濟新報社, 1983), 272쪽.

18) 金善光, “CIF거래조건에 있어서 Frustration 원리의 적용에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문(1989), 16쪽.

19) William R. Anson, *Principles of English Law of Contract* (Oxford : Clarendon Press, 1959), pp. 426~427 ; 木下毅, 前掲書, 261쪽.

20) William R. Anson, *ibid.*, p. 427.

21) *Paradine v. Jane* (1647) Ayleyn 26(K. B. 1647) ; Arnold D. McNair, *op. cit.*, p. 135 ; 木下毅, 前掲書, 262쪽.

더라도, 이행할 수 있으면 그 의무를 이행해야 한다. 왜냐하면 당사자로서 계약체결시 미리 그러한 경우에 대한 면책을 약정할 수 있었기 때문이다. 따라서 만약 임차인이 가옥의 수리를 약정하였다면 비록 그 가옥이 번개를 맞아 燒失되거나 또는 적군에 의하여 훼손되더라도, 임차인은 이를 수리할 의무는 여전히 남아 있다」²²⁾고 판시하였다. 이것은 뒤집어 보면 면책을 주장하고자 하면 면책약관을 계약서에 포함하여야만 한다는 것이다. 이 판례는 당사자가 예측하지 못한 사고에 의하여 채무의 이행이 불가능하게 된 경우에도, 계약 중에 특별규정을 삽입하고 있지 않은 한, 채무자는 채무이행의 책임을 면할 수 없고 그 채무불이행에 대한 손해배상책임을 진다고 하는 커먼로상의 엄격법주의 태도를 보여 주었다.²³⁾

2) 嚴格主義의 緩和

그러나 19세기에 들어 영국에서는 커먼로하에서의 約因理論이 그 엄격성을 점차 완화시키는 경향을 보이게 된다.

엄격주의를 완화하는 수정적 계기가 된 사건은 계약 대상물의 후발적 파괴(Supervening Destruction of the Subject Matter)를 다룬 Taylor v. Caldwell 사건²⁴⁾으로서 이는 바로 프러스트레이션 법리의 첫 번째 원류의 시발이 된다.

이 사건의 내용은 원고가 일련의 연주회를 하기 위하여 Surrey Music

22) When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding an accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And therefore if the lease covenant to repair a house, though it be burnt by lightning, or thrown down by enemies, yet he ought to repair it. ; A. G. Guest, Anson's Law of Contract, 25th ed. (London : Oxford Univ. Press, 1979), p. 495. ; Arnold D. McNair, op. cit., p. 135 ; G. H. Treitel, Law of Contract, 4th ed. (London : Stevens & Sons, 1975), p. 583 ; 木下毅, 前掲書, 262쪽.

23) 許殷淑, “國際貿易契約에서의 Frustration에 관한 研究”, 西江大學校 大學院 碩士學位論文(1987), 15쪽.

24) (1863) 3 B. & S. 826, 122 E.R. 309.

Hall을 사용하기로 하였으나, 제1회 연주회의 개최일 이전에 우연한 화재로 건물이 燒失되어 피고의 계약이행이 불가능하게 된 것이다. 계약서에는 “불가항력에 의한 것이 아닌 이상(God's Will Permitting) 이행하여야 한다”라고 명시되어 있었으나, 건물의 파손에 대하여는 언급이 없었다. 원고는 계약위반에 대한 손해배상을 청구하였으나, 영국 고등법원은 「계약의 성질로 보아 당사자가 처음부터 계약의 이행이 어떤 특정한 물건이 계속 존재해야 한다는 점에 구속되는 것임을 알고 있었고, 따라서 그 물건의 존속이 계약의 기초임을 알았다면 그 계약은 절대적 계약(Positive contract)으로 해석이 될 수 없고, 계약위반 전에 당사자의 책임없는 사유로 그 물건이 멸실되어 이행이 불능으로 된 때에는 양당사자는 채무를 면한다고 하는 묵시적 조건에 따르는 것으로 해석해야 한다」고 판시하였다.²⁵⁾ 이 판례에 의하여 대륙법에서는 이미 승인된 「당사자의 책임없는 사유로 계약이 이행불능이 된 경우에 채무가 소멸한다는 법리」가 영국법상에 있어서도 인정되었다.²⁶⁾ 그러나 이와 같이 코먼로상의 엄격법주의가 비록 완화되기는 하였으나 여전히 프러스트레이션 법리에 직접 결부되는 법리가 존재한다고 볼 수 없었으며,²⁷⁾ 아직은 이행불능의 단계에 머무르고 있는 정도였다고 할 수 있었다.

이와 같은 경향은 미국법에 있어서도 마찬가지였다. 즉 약속은 필히 지켜져야 했으며,²⁸⁾ 비록 衡平法院(Equity Court)이 불능을 원인으로 특별한 이행을 허용치 않아도 위반자는 손해에 대하여 책임을 져야 했었다.²⁹⁾

그러나 1871년에 이르러 엄격주의의 완화는 목적물의 멸실에 따른 이행불능의 범위를 벗어나 당사자가 계약시 예상한 상태의 지속이 중단되는 경우까지 확대되었다. 예컨대 Robinson v. Davidson 사건³⁰⁾을 살펴보면 원고가 피고의 처인 유명한 피아니스트와 연주계약을 체결하였으나 그 처

25) William R. Anson, op. cit., p. 429 ; G. H. Treitel, op. cit., pp. 583~584.

26) 木下毅, 前掲書, 264쪽.

27) Silverman v. Charmac, Inc.(Ala 1982), 414 So. 2d 892.

28) Restatement of law of Contract, 2nd., Introductory Note to ch. 11.

29) 中村弘, 前掲書, 274쪽.

30) (1871) L. R. 6EX. 269.

가 중병으로 인하여 연주를 할 수 없게 된 사안으로 원고는 피고에 대하여 계약위반에 따른 손해배상을 청구하였다.

법원은 「피고의 처의 건강이 계속되는 것이 계약에 부가된 조건이므로 그녀가 연주할 수 없게 된 것은 계약위반일 수 없고, 따라서 계약은 종료된다」고 하며 피고의 승소를 판시하였다.

엄격주의의 완화는 더욱 확대되어 1903년의 Krell v. Henry 사건³¹⁾에서 계약성립시에 당사자가 기대했던 일정한 사태가 발생하지 않음으로써 계약목적의 달성이 불능이 된 경우까지 적용되게 되었다. 이리하여 여기에서 단순히 목적물의 물리적 파손만이 아닌 목적달성불능도 포함하는 상위 개념으로서 프러스트레이션 법리가 형성되었다.³²⁾

Krell v. Henry 사건에서 피고는 King Edward VII의 대관식 행렬을 보기 위하여 1902년 6월 26일 및 27일 양일간 그 행렬이 지나갈 Pall Mall 街에 접한 아파트를 임차하기로 하고 원고에게 계약금을 지불했다. 양 당사자 간에 주고받은 편지에는 그 대관식에 대하여는 전혀 언급이 없었으나 주위의 사정으로부터 고찰하여 볼 때, 그 목적은 대관식 행렬의 관람에 있음이 명백하였다. 그러나 예상하지 못한 왕의 병으로 인하여 대관식은 예정된 일자에 행해지지 못하게 되었다. 피고는 원고의 임차료 잔액의 지불청구를 거절한 후 反訴에서 선불한 금액의 반환을 청구하였다. 이에 대하여 控訴法院(Court of Appeal)은 「계약의 주목적은 “행렬을 보기위한 방”이었는데 행사의 취소로 “행렬을 볼 수 없는 방”이 되었으므로 계약은 종료한다. 또한 임차료의 잔금은 후불이므로 지불의무도 소멸한다」고 하였다.³³⁾ 이 사건에서 Vaughan Williams L. J. 판사는 「나는 계약종료의 원칙이 계약의 목적물인 물건 또는 계약의 조건으로서 명시적으로 특정된 사정 또는 물건의 상태가 파괴 내지 부존재하게 된 사안에 한정된다고는 생각하지 않는다. 각 사건은 그 자체의 사정에 따라 판단되어야 한다. 각 사안에 있어서 당사자는 다음과 같은 점을 자문하여야 한다. 첫째 모든 사

31) (1903) 2 D. B. 740.

32) 五十嵐清, “英法におけるフラストレーション法理について”, 北海道大學法學會論集, 第9卷 第2號(1958년), 1쪽; 木下毅, 前掲書, 269쪽.

33) William R. Anson, op. cit., p. 430.

정을 고려할 때 계약의 근본이 무엇이었는가, 둘째 그 근본이 특정한 사정의 존재를 자신의 기초로 전제하였는가, 셋째 계약의 이행을 방해하는 사정이 계약체결시에 양당사자가 고려할 수 있는 범위 내에 있지 않았다고 함이 합리적인가 여부이다. 만약 이러한 질문에 대하여 긍정적 대답이 얻어지는 경우에는 양당사자는 계약의 이행이 면책된다」고 판시하였다.

3) 海商法上의 契約目的達成不能

프러스트레이션 법리의 원류 중 다른 한 가지는 해상법상의 事業挫折의 原理(the Doctrine of the Frustration of the adventure)이다.³⁴⁾ 이것은 해상법상의 용선계약이나 운송계약은 영속적이건 일시적이건 계약목적의 달성을 불능케 하는 항해 및 운송의 지장으로 인하여 해소된다고 하는 것이다. 즉 합리적인 상인은 배가 멸실된 경우뿐만 아니라 수리에 상당히 많은 돈과 시간이 소요되는 경우에도 계약이 종료된다고 보는 것이다. 「왜냐하면 商事에 관하여는 實行可能하지 않은 것은 불능이라고 간주되고, 과다한 또는 불합리한 비용을 들여서만 행해질 수 있는 것은 비실제적이기 때문이다」³⁵⁾라고 한다. 이러한 종류의 대표적인 것이 Jackson v. Union Marine Insurance Co. 사건³⁶⁾이다. 이 사건에서 원고소유의 선박이 1월에 New Port로 가서 그곳에서 Rail을 선적하여 San Francisco로 갈 목적으로 용선되었다. New Port로 가는 도중에 그 배가 좌초되어 1개월이 경과하도록 빠져 나오지 못하였다. 그 배는 Liverpool로 옮겨져서 8월까지 지속된 긴 수리에 들어갔다. 그 동안에 용선자는 다른 배를 구하였다. 원고는 피고의 보험회사에 대하여 해상고유의 위험(Perils of the Sea)에 의한 용선계약 운송료의 全損으로서 보험금을 청구하였다. 결국 이 사건에서 전손이 있었는가 여부는 용선자가 선박의 수리완료시까지 기다려야 했는가 하는데 달려 있는 것이다. 陪審은 그 선박의 좌초에 의하여 생긴 지연은 원고와 용선자가 취한 商事的 投機(the commercial speculation)를 상사적 의

34) Arnold D. McNair, op. cit., p. 139.

35) Moss v. Smith(1850) 9. C. B. 94, 103 ; 中村弘, 前掲書, 275쪽.

36) (1874) L. R. 10 C. P. 125 ; 木下毅, 前掲書, 267쪽 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 588.

미(commercial sense)에서 종식시키는 것이라 하였고 그에 따라 법원은 「선박의 수리 후의 항해는 양당사자가 계약시 고려한 것과는 다른 것이 되므로 계약은 종료한다. 그 계약에는 “용선이 합리적인 시간 내에 목적항에 도착하여야 하며 그렇지 않은 경우 계약은 종료한다”는 묵시적 조건이 있는 것이다」라고 하며 계약의 종료를 인정하였다.³⁷⁾

이 사건에서 Bramwell B. 판사는 「8월의 선적은 새로운 사업이요 합의이므로 계약은 종료되고 따라서 양당사자는 책임이 면제된다」고 하였다.³⁸⁾

특정운항을 위한 것이 아닌 일정기간 선박을 용선하는 정기용선의 경우에도 마찬가지이다. Bank Line, Ltd. v. Arthur Capel & Co. 사건³⁹⁾에서 1915년 2월에 피고는 원고에게 선박 인도시부터 12개월간 용선하여 주기로 하였다. 약관에는 4월 30일까지 선박을 인도하지 못하면 용선자인 원고가 계약의 계속여부의 선택권을 행사할 수 있도록 하였다. 그 선박은 4월 30일까지 인도되지 못하였으며 5월 11일에는 정부에 징발되어 9월까지 돌려받지 못하였다. 피고는 그 후 그 선박을 매각처분하였으며 원고는 불인도에 대하여 선택권의 행사 없이 손해배상청구의 소를 제기하였다. 대법원은 「원고의 선택권 행사가능 약관에도 불구하고 선박소유자를 무한정 원고의 선택권에 매여 있게 함은 부당하다. 원고의 선택권은 계약취소의 입증책임 없이 계약을 취소할 수 있는 힘을 주는 것일 뿐이다」고 하면서 계약종료를 인정하였다.⁴⁰⁾

이와 같이 해상법 분야에서는 당사자의 귀책사유 없이 객관적인 사정변경이 생기고 그로 인하여 상사목적이 좌절되었다고 여겨져 계약이 종료되는 판결이 적지 않게 존재하였다.⁴¹⁾

4) 프리스트레이션 法理의 統一的 形成

이상에서 언급한 Taylor v. Caldwell 사건에 근원하는 묵시적 조건의

37) William R. Anson, op. cit., p. 432.

38) William R. Anson, ibid.

39) (1919) A. C. 435.

40) William R. Anson, op. cit., p. 434.

41) 木下毅, 前掲書, 268쪽.

불성취에 의한 계약종료계통의 법리와 海商法上의 商事目的達成不能의 법리가 제1차 세계대전 중 융합하여 프러스트레이션이라는 통일적인 법리로 형성되게 되었다. 그리하여 프러스트레이션 법리는 단순한 목적물의 멸실로 인한 이행불능의 범주를 벗어나서 사정변경을 이유로 하는 계약의 종료까지 포함하는 것으로 인정되게 되었다.⁴²⁾ 즉 이제는 海事의 경우에 적용되는 원칙과 기타의 경우에 적용되는 원칙은 서로 같다고 할 수 있다. 그러나 역사적으로 보면 이러한 결과가 초래된 것은 해사로 인한 영향이 보다 컸던 것으로 볼 수 있다고 주장하기도 한다.⁴³⁾

2. 美國에서의 프러스트레이션 法理의 發達

미국에서는 법적구속력이 있는 국가 제정법은 아니지만 註釋契約法⁴⁴⁾와 統一商事法典(Uniform Commercial Code, U.C.C.)⁴⁵⁾에 이에 관한 통일적 규정을 두고 있다.⁴⁶⁾ 그런데 미국의 경우 주식계약법과 U.C.C.에 프러스트레이션 법리를 포괄적이고도 융통성 있게 수용하고 있으나, 실제 미국의 법원은 프러스트레이션 법리의 적용에 소극적인 태도를 취하고 있다.⁴⁷⁾ 즉 미국의 법원은 주식계약법 및 미국 U.C.C.의 규정에 따라 판결을 하는 것이 아니라, 영국법원의 판결례를 수용하는 경향을 보이고 있다.⁴⁸⁾

42) 上揭書, 269쪽.

43) Arnold D. McNair, op. cit., p. 142.

44) Restatement of Law contracts는 미국의 사적단체인 美國法律家協會(American Law Institute)에서 판례법을 再述(restate)한 것으로써 조문 및 해설형태를 취하고 있으나, 법률이 아니므로 당연히 법적구속력은 없고, 단지 선례를 따르는 설득적 효과를 지니고 있을 뿐이다; 崔公雄, “美國의 國際私法과 Restatement”, 仲裁 132 (大韓商事仲裁院, 1983, 1), 27~28쪽; 본 논문에서는 주식계약법으로 사용하고자 한다.

45) 이하에서는 U.C.C.로 略한다.

46) 金濬炯, 前揭 論文, 19쪽.

47) 姜二秀, “國際去來에 있어서의 Frustration 法理의 適用에 관한 研究”, 國際商學의 諸問題(正興文化社, 1988), 52쪽.

48) Comments, "The Fetish of Impossibility in the Law of Contracts", *Columbia Law Review*, Vol.94(1953), p. 99.

그 이유는 미국도 영국과 마찬가지로 커먼로의 기본전제인 契約神聖의 원칙을 따르고 있기 때문이다. 즉 그 동안 미국의 법원은 이행의 곤란성이 아무리 중대한 것일지라도 약속자로 하여금 자신의 계약책임을 종료시킬 수 없다는 커먼로상의 기본원칙을 따르는 경향을 보여 왔다. 그러나 이러한 엄격이행의 원칙은 계약의 이행이 절대적으로 불능인 경우 뿐 아니라 이행이 극도로 곤란한 경우 및 경제적 측면에서의 이행불능 사건이 발생된 경우에도 약속자의 채무를 면책시켜줄 수 있는 것으로 완화되기 시작하였고, 그 결과 미국에서는 비록 법적 구속력은 없지만 주식계약법과 U.C.C.가 탄생되기에 이르렀다.⁴⁹⁾

이하에서는 주식계약법⁵⁰⁾과 U.C.C.의 내용을 개괄적으로 고찰하고, 주식계약법은 제1차 주식계약법(1932)와 제2차 주식계약법(1979)를 구분하여 살펴보기로 한다.

1) 第1次 註釋契約法(1932)

제1차 주식계약법(1932)에서는 ‘프러스트레이션’과 ‘이행불능’을 구분⁵¹⁾하여, 프러스트레이션은 제10장 「條件」 중 제288조에서만 규정하고,

49) 金善光, 前掲 論文, 23쪽.

50) 주식계약법은 1932년 5월에 미국 법률가협회에 의해 처음으로 승인·공포되었는데, Restatement의 개념 속에는 정기적인 재검토 및 수정에 의해 현실성 있게 작업이 이루어져야 한다는 의미를 포함하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그리하여 제2차 주식계약법(1979)는 1952년에 미국 법률가협회의 허가를 받아 1962년부터 본격적인 수정작업이 시작되어 1979년에 보완되었는바, 이는 제1차 주식계약법(1932)를 손상시키지 않는 범위 내에서 시대적 변화에 부응해야 할 주요 의제들만이 수정·보완된 결과이다 ; American Law Institute, *Restatement of the Law(Second) Contracts 2d*, Vol.1(American Law Institute Publishers, 1981), Foreword ; 金善光, 前掲 論文, 24쪽 재인용.

51) 제1차 주식계약법(1932)의 제정시 큰 역할을 해온 Corbin 교수는 이행불능과 프러스트레이션을 다음과 같이 구분한다. 즉 이행불능은 이행자체가 불가능 또는 불법으로 되거나 위험하게 되는 경우 및 지나친 비용을 요하거나 곤란하게 되는 상황을 의미하는 반면, 프러스트레이션은 계약체결당시의 양당사자의 목적을 고려해 볼 때 이것이 후발적 사건으로 좌절되는 경우로 본다 ; Arthur Linton Corbin, “A Comprehensive Treatise on the Rules of

이행불능은 제14장 「이행불능」의 전체인 제454조 내지 제469조에서 구체적으로 규정하고 있다.

(1) 履行不能에 관한 條項

특히 제454조의 定義를 보면, “계약에 있어서 이행불능이란 엄격한 불능뿐만 아니라 현저하게 심하고도 부당한 困難, 經費, 損害, 損失 등의 이유로 이행이 비현실적(impracticable)으로 되는 경우를 말한다.”⁵²⁾고 규정하고 있다. 이처럼 현저한 비현실성을 이행불능에 포함하는 반면, 불능을 객관적 불능⁵³⁾과 주관적 불능⁵⁴⁾으로 구분하여, 주관적 불능을 제외하고 객관적 불능의 경우에 대해서만 채무를 면책시키고 있다.⁵⁵⁾

또한 제14장의 이행불능에 관한 규정에서는 원시적 이행불능과 후발적 이행불능에 대해서 규정하고 있다. 원시적 이행불능은 제456조에서 “당사자가 계약체결시에 알지 못했거나 알 필요가 없었던 사실을 기초로 하여 계약이 체결됨으로써 이행이 불가능하게 된 경우에 면책된다.”⁵⁶⁾고 규정하고 있다. 후발적 이행불능의 종류에 대해서도 i) 법률의 변경 또는 후발적 위법이나 정부의 조치⁵⁷⁾, ii) 개인적 노무계약에서 그 당사자의 사망

Contract Law”, *On Contracts*, Vol.6(St. Paul, Minn : West Publishing Co., 1951), pp. 373~374.

52) Restatement, contracts §454(1932).

53) 객관적 불능이란 누구에게나 불가능한 것으로서 예컨대, 존재하지 않는 것에 대한 매매라든가 물리적으로 누구도 할 수 없는 행위를 할 것을 합의하는 것을 말한다. 「객관적」이란 급부가 물리적 또는 기술적으로 가능하더라도 경제적으로 무능한 경우이거나, 법률에 의하여 허용되지 않는 법적 효과를 가져 오는 것을 말한다.

54) 주관적 불능이란 불능이 계약이행의 본질에서 기인된 것이 아니라, 전적으로 약속자의 능력부족에서 기인된 경우를 의미한다 ; Restatement, contracts §454(1932).

55) Grant Gilmore, op. cit., p. 239.

56) Restatement §456(1932)(a promise imposes no duty if performance of the promise is impossible because of facts existing when the promise is made of which the promiser neither knows nor has reason to know).

57) Restatement §458(6)(1932).

또는 臥病⁵⁸⁾, iii) 이행에 필요한 특정물이나 인간의 부존재, 상해, 또는 특정물의 물리적 악화⁵⁹⁾, iv) 특정사실의 부존재에 의한 이행불능⁶⁰⁾ 등⁶¹⁾을 규정하고 있다.

(2) 프리스트레이션에 관한 條項

프리스트레이션에 대해서는 제10장 「條件」부분 제288조 ‘계약의 목적 또는 효과의 프리스트레이션’ 하에서 “당사자 쌍방이 계약의 목적 또는 효과의 가능성을 예상하고 계약을 체결한 후에, 계약의 목적 또는 효과가 당사자의 과실없이 현실적으로 이행불능된 경우에는 프리스트레이션이 성립한다. 손해를 입은 당사자는 반대의 의사가 명백한 경우를 제외하고, 본인의 계약이행의무로부터 면책될 수 있다.”⁶²⁾고 규정하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 주식계약법(1932)은 이행불능인 경우나 극도로 곤란함으로써 비현실적인 경우를 합하여 ‘이행불능(Frustration of performance or Impossibility)’이라 하고, 계약체결시의 당사자의 목적이 좌절된 경우인 ‘프리스트레이션(Frustration of Purpose or Frustration)’으로 구분해서 규정하고 있다.

2) 第2次 註釋契約法(1979)

제1차 주식계약법(1932)이 불능과 프리스트레이션을 구별하여 규정했던 것과는 달리 제2차 주식계약법은 제11장에서 후발적 불능과 목적달성불능(Impracticability of Performance and Frustration of Purpose)이라는 제목 하에서 양자를 통일적으로 규정하였다.

(1) 後發的 不能

Restatement는 이행이 비현실적이 되게 하는 우발적 사건의 유형을 i) 이행상 요구되는 당사자의 사망이나 능력상실⁶³⁾, ii) 이행상 요구되는 물건

58) Restatement §459(1932).

59) Restatement §460(1932).

60) Restatement §461(1932).

61) 이외에도 불능을 다루고 있는 조항으로는 §462(일시적 불능), §463(부분적 불능)가 있다.

62) Restatement §288(1932) ; Grant Gilmore, op. cit., p. 240.

의 멸실, 악화, 부존재,⁶⁴⁾ iii) 법에 의한 금지, 방해⁶⁵⁾로 나누어 규정하고 있다.

계약의 종료가 인정되기 위하여 객관적으로 비현실적이어야 한다.⁶⁶⁾ 또한 계약의 비현실성은 확정적이어야 하며, 일시적으로 비현실적인 경우에는 단지 이해의무가 연기될 뿐이지 계약이 종료되지는 않는다. 부분적으로 비현실적인 경우에는 그 부분만 종료된다.

계약이행이 여러 방법으로 가능한 경우라면 그 중 하나 또는 몇 개의 방법이 비현실적으로 되었다라든가 다른 방법이 실제로 존재하는 한 그 계약은 종료되지 않으며, 다른 대안적인 이행방법이 모두 비현실적으로 된 경우에 프러스트레이션 법리의 적용에 의해 계약은 종료된다.⁶⁷⁾

(2) 目的達成不能

제11장에서 제261조 ‘후발적 불능에 의한 채무의 소멸’ 하에서 “계약 체결 후, 그것이 발생하지 않을 것이 계약의 기초적 전제가 된 사건의 발생으로 인하여 당사자의 과실 없이 이행이 비실제적인 경우, 반대의 약정이나 사정이 없는 한 당사자의 이행의무는 소멸한다”고 규정하고 있으며, 제265조에서는 ‘후발적 목적달성불능에 의한 채무의 소멸’이라 하여 “계약 체결 후 그것이 발생하지 않을 것이 계약의 기초적 전제가 된 사건의 발생으로 인하여 당사자의 과실 없이 계약의 주요목적이 실질적으로 좌절된 경우⁶⁸⁾, 반대의 약정이나 사정이 없는 한 당사자의 殘存履行義務는 소멸한다.”⁶⁹⁾고 하였다.

63) Restatement §262(1979).

64) Restatement §263(1979).

65) Restatement §264(1979).

66) Restatement §261, e(1979).

67) Restatement §261, f(1979).

68) 이렇게 목적달성불능이 되기 위해서는 계약의 주된 목적이 좌절되어야 하므로 당사자 일방이 내심으로 이 목적이 없었다면 계약하지 않았으리라고 생각하는 것만으로는 불충분하며, 이 목적이 계약의 기초를 이루고 양 당사자가 이를 알고 있고 따라서 이 목적이 없었다면 거래자체가 무의미하다고 할 수 있는 정도이어야 한다 ; Restatement §265, a(1979).

69) Restatement §265(1979) ; Krell v. Henry(1903) 2 K. B. 740 ; Alfred Marks

제2차 주식계약법(1979) 제11장의 제261조와 제265조에서는 “양당사자의 반대 규정이나 약정이 없는 한”이라는 단서조항을 두고 있으므로 계약서에 명시된 양 당사자의 명시적 계약조항이 우선함을 알 수 있다. 또한 제2차 주식계약법(1979)이 제1차 주식계약법 보다는 형식적인 면에서 통일적 프러스트레이션 법리의 개념에 접근한 것으로 볼 수 있다.

3) 미국통일상법전(*Uniform Commercial Code*)

U.C.C.(1952)는 제2-615조에서 물건매매계약에 관한 일반적인 이행불능이론을 규정하고 있다.⁷⁰⁾

§2-615에서 전제된 조건의 欠缺에 의한 면책(Excuse by Failure of Presupposed Conditions)이라고 하여 「매도인이 보다 큰 의무를 인수하지 않는 한, 그것이 발생하지 않을 것이 계약의 기초적 전제인 어떠한 사정의 발생으로 인하여 혹은 외국 또는 자국의 행정규칙이나 행정명령(비록 사후에 무효로 취급된다 하더라도)에 충실하게 따른 결과로 약정한 이행이 비현실적(Impracticable)이 된 경우에는 매도인은 그 이행의 전부 또는 일부의 지연 또는 불이행에 대한 책임을 지지 않는다」고 규정하였다.

여기서는 이행불능이나 프러스트레이션이라는 용어 대신 “비현실성”⁷¹⁾이라는 용어를 사용한다. 비현실성의 개념은 계약이행상의 제반상황이 근본적으로 다르게 변화된 경우에 한하여 해당 당사자의 면책을 인정해주는 커먼로 하에서의 일반적인 적용원칙의 개념으로 파악해야 한다.⁷²⁾

그 결과 미국의 법원은 비현실성이라는 개념 자체에 초점을 맞추기 보

Realty Co. v. Hotel Hermitahe Co.(1915) 170 A. D. 484, 156 N. Y. S. 179.

70) Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, "Impossibility And Related Doctrines in Contract Law" : An Economic Analysis, *The Journal of Legal Studies*. Vol.6(1977), p. 108.

71) 비현실성이라는 용어는 계약의 이행이 계약당사자에 의해 의도되었던 것과 근본적으로 다르게 변화된 경우 계약당사자의 면책을 인정하게 되는 커먼로 하에서의 적용원칙으로부터 기인된 것이다 ; John Gerald Ryan, "U.C.C. 2-615 : Excuse the Impracticable", *Boston University Law Review*, Vol.60(1980), p. 581.

72) John Gerald Ryan, op. cit., pp. 592~593.

다 과거 커먼로 하에서의 이행불능의 개념에 초점을 맞추는 경향을 보여 영국 법원에서의 판결내용과 동일한 결과를 수반하는 판결을 하고 있는 실정이다. 따라서 면책을 인정하기 위한 판결기준으로써 비현실성의 개념에 포함시킬 수 있는 비용증가의 기준⁷³⁾을 명확하게 제시하지 못하고 있는 실정이다.⁷⁴⁾

U.C.C. 제2-615조는 상품매매에 있어서의 일반적인 이행불능이론을 규정하고 있다. 즉 제2-615조 전제조건을 결여한 경우의 면책 ‘Excuse by Failure of Presupposed Conditions’의 (a)항⁷⁵⁾에 있어서 ‘비현실성’이라는 개념을 규정하고 있는데, 이 조항에 따르면 계약의 기본전제로서 계약시에 예측하지 못했던 우발적인 사건이 발생하였을 것, 계약 또는 상관습에서 그러한 사태가 발생한 경우의 위험배분에 대하여 아무 약정이 없었을 것, 그 사건의 발생에 의해 계약을 이행함이 비현실적으로 되었을 것 등의 요건을 갖추었을 때 이행의 면책을 인정하게 된다. 특히 이 조항에서 비현실성이란 용어가 사용된 것은 물건매매분야⁷⁶⁾에서 실제거래상의 관점으로부터

73) U.C.C. 제2-615조의 주석에는 「극심한 결손」, 「현저한 증가」, 「기본적인 전제들」 등과 같은 애매모호한 표현들을 사용하여 본 조항의 적용상의 문제점을 노출시키고 있다.

74) John Gerald Ryan, op. cit., p. 575.

75) U.C.C. §2-615 (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

76) U.C.C. 제2의 적용대상은 물건거래이지만, 반드시 물건매매거래에만 한정하지 않고 이와 관련되는 거래 예컨대 용선계약에도 적용되었던 사례가 있다 ; Transatlantic Financing Corp. v. United States(1966) 363 F. 2d. 312(D. C. Cir.) ; 제2-615조의 원칙을 참조하여 실행불능이었던가의 여부가 검토된 본 사건은 원고가 운송물을 텍사스로부터 이란으로 운송할 것을 정부와 약정하

터 이행의 면책을 인정하려는 의도로 해석되어 종래의 엄격한 이행불능보다 다소 완화된 개념이라고 볼 수 있다.

이 조항엔 비록 중전의 프러스트레이션에 대해 언급이 없긴 하지만,⁷⁷⁾ U.C.C. 제1-103조 즉 ‘이 법전의 특정규정에 의하여 명백히 배제되지 아니하는 한 상관습을 포함한 커먼로 및 형평법상의 원리는 이 법전의 규정을 보충한다.’⁷⁸⁾는 조항으로 미루어 보아 상품매매에 관한 한 중전의 ‘이행불능’을 대체한 개념인 ‘비현실성’과 함께 프러스트레이션 법리가 보충적으로 작용하고 있다고 하겠다.⁷⁹⁾

第2節 프러스트레이션 法理의 理論的 根據

프러스트레이션 법리는 특정물 멸실에 의한 물리적 불능에서 계약목적달성불능에 이르기까지 다양한 판례를 통해 발전하였기 때문에 프러스트레이션 성립을 인정하는 이론적 근거는 각 사건마다 그 견해가 다를 수 밖에 없다. 계약 체결 이후 예측하지 못한 책임없는 사건의 발생이나 사정변경으로 인하여 계약이행이 불능이 되거나 이행이 가능하여도 계약목적

였으나, 이집트 정부의 수에즈 운하폐쇄라는 사유에 의해 동 운하 경유의 통상방법에 의한 항해를 실제상 실행할 수 없게 되어 남아프리카를 회항하여 운송하지 않을 수 없었으므로 그 증가비용을 청구한 사건이다. 법원은 본조에서는 이행은 법률적으로는 불가능하다고 할 수는 없으며, 또 계약당시 원고는 국제운송거래에 종사하고 있는 상인으로서 수에즈 운하가 위험지역으로 될 수 있다는 것을 예견할 수 있었다는 것을 이유로 그 청구를 기각하였다. 이 판례는 본조에서 명확하게 규정하고 있지 않은 예견가능성에 대하여 사유의 발생이 계약시에 예견할 수 있었을 때에는 실행불능을 주장할 수 없다는 견해를 취하고 있는 점이 주목된다.

77) William Egan, "The Westinghouse Uranium Contracts : commercial Impracticability And Related Matters", *American Business Law Journal*, Vol.18(1980), p. 287.

78) U.C.C. Section 1-103.

79) 姜二秀, “國際去來에 있어서의 不可抗力과 免責問題”, 論文集, 第15輯(崇田大學校, 1985), 5쪽.

을 달성할 수 없는 경우 계약은 자동 종료된다. 이때 계약이 자동종료되는 데 있어 이론적 근거가 무엇인지 프리스트레이션에 관한 이론을 종합적으로 검토하여 볼 때 그 근본적인 차이는 각 이론이 계약당사자의 진정한 또는 추정적 의사에 중점을 두고 있는가 아니면 계약당사자의 의사보다는 객관적인 제3자 또는 법원의 독자적인 해결에 중점을 두고 있는가 하는 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 계약당사자의 의사를 중시하는 학설과 법원의 해석을 중시하는 학설, 그리고 기타 학설로 나누어 살펴보고자 한다.

I. 契約當事者の 意思를 重視하는 學說

계약당사자의 진정한 의사나 추정적 의사에 중점을 두어 프리스트레이션의 법리의 이론적 근거를 제시하고 있는 학설로 Taylor v. Caldwell 사건에서 Blackburn J. 판사에 의하여 수립되었다. 이 이론은 예측하지 않았던 사태가 발생하면 계약은 구속력을 잃게 된다는 묵시적 약관에 의하여 종료된다는 것으로써 默示的 條件說이라 한다. 이 학설은 수립된 이후 다수 판결이 따르고 있으며 가장 전통적인 것으로서 많은 지지를 얻고 있다.⁸¹⁾ 이 견해를 따른 판결 중 대표적인 것으로 F. A. Tamplin Steamship Co., Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd. 사건⁸²⁾이 있다. 이 사건에서 Loreburn 판사는 「법원은 계약 및 계약이 체결된 때의 사정을 조사할 수 있으며 또한 조사하여야 하는데 그것은 계약을 수정하기 위해서가 아니라 계약의 성질로부터 당사자가 특정물건 또는 사물의 상태가 계속하여 존속하는 것을 토대로 하여 계약을 체결하였는지의 여부를 설명하기 위한 것이다. 조사결과 당사자가 그러한 의도로 계약을 체결한 것이라면, 그러한 취지의 조건이 비록 계약에 명시적으로 표현되어 있지 않더라도 묵시적으로 존재한다고 볼 수 있는 것이다. 그 결과 때로는 이행이

80) Michael M. Furmston, *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 10th ed.(London : Butterworths, 1981), p. 514.

81) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, 7th ed.(St. Paul, Minn : West Publishing Co, 1977), p. 573 ; J. C. Smit, *A Casebook on Contracts*, 7th ed.(London : Sweet & Maxwell, 1982), p. 304.

82) (1916) 2 A. C. 397.

불가능하게 되기도 하고 때로는 당사자가 예상한 것과는 전혀 다르게 되었다고 설명될 수 있다. 그러나 대부분의 경우에 있어서는 당사자를 계약 이행의무로부터 면제시키는 묵시적 조건이 존재하였다고 말할 수 있을 것이며 이것이 바로 법원이 이론을 전개하는 토대라고 볼 수 있다. 어떠한 법원도 계약의 면책권을 비록 가지고 있지는 않으나, 계약 및 주변사정의 성질로부터 명시되지는 않았으나 하여도 계약을 종료시킬 수 있는 어떤 묵시적 조건이 계약의 기초로 존재할 수 있다는 추론은 할 수 있다고 본다.⁸³⁾」고 판시하였다.

이상의 견해는 두 가지의 해석을 가능하게 한다. 첫째는 보다 주관적인 것으로 해석하는 것이다. 여기에서의 묵시적 조건은 당사자가 계약시 진정으로 의도한 것을 뜻하는 것으로 본다⁸⁴⁾는 것으로 Loreburn 판사가 의도한 의미이다. 둘째는 묵시적 조건을 보다 객관적으로 해석하는 것이다. 이것은 합리적인 인간으로서 당사자가 계약에 포함하였을 것으로 생각되는 것을 묵시적 조건으로 본다. 묵시적 조건설은 많은 지지를 받고 있으나 비판도 받고 있다. 법원이 진실로 당사자의 의사를 파악하기는 어려운 일이다. 양당사자는 서로 상반된 의견을 제시할 것이고, 공통된 의사를 발견하지 못해 약관의 존재가 부정될 것이라는 비판이 있다. 또한 묵시적 조건이 주관적으로 사용될 경우에는 어떻게 계약시 당사자가 전혀 예상하지 않은 사고에 대하여 약정하였다고 할 수 있고, 계약 종료시 과연 당사자들이 단순히 계약을 완전히 종료하는 것에 합의하였으리라고 볼 수 있는가에 대하여 비판이 있다.⁸⁵⁾ Wright 판사에 의하면 「각 당사자는 유보나 수정, 손해배상을 포함하려고 할 것이 더 확실하다」⁸⁶⁾고 하였다. 객관적 의미로 사용될 경우에는 공정하고 합리적인 인간은 존재하지 않으며, 그것은 바로 법원의 견해에 불과한 것이라는 비판이 있다.⁸⁷⁾ Bank Line

83) William R. Anson, op. cit., p. 437 ; Arnold D. McNair, op. cit., pp. 143~144.

84) William R. Anson, op. cit., p. 437.

85) Ibid., p. 438 ; 木下毅, 前掲書, 264쪽.

86) Denny & Mott & Dickson, Ltd. v. Fraser(James B.) & Co., Ltd. (1944) A.C. 265.

87) William R. Anson, op. cit., p. 439.

사건⁸⁸⁾에서 법원은 당사자의 예상에도 불구하고 계약의 종료를 인정하였던 것이다. 그러나 이러한 비판에도 불구하고 이 이론은 역사적으로 법의 발전에 있어서 유익하면서도 꼭 필요한 역할을 하여왔다. 그것은 이 이론이 근본적으로 당사자의 의사를 전면에 내세웠으며 그것이 영국의 법체제와도 일치하기 때문이다. 그러나 무엇보다도 당사자가 그에 대한 명시적인 약관이 존재함에도 불구하고 프리스트레이션을 주장하는 것은 타당하지 않다고 하는 견지에서 묵시적 조건설이 정당성을 갖는다고 보는 것이다.⁸⁹⁾

II. 法院의 解釋을 重視하는 學說

1. 契約基礎喪失說

계약기초상실설(Theory of Disappearance of the Foundation of the Contract)은 프리스트레이션 법리와 관련한 문제의 해결에 있어서 법원의 보다 적극적인 기능이 요구됨을 인식한 결과 등장한 것으로 볼 수 있다.⁹⁰⁾ 이 이론은 전술한 Tamplin 사건에서 Haldane 판사에 의하여 주장되었다. 그에 의하면 「당사자가 계약을 체결할 때 그 계약이 어떤 특정물의 계속적인 사용을 기초로 하여 이행이 가능한 경우에 그 목적물의 계속적인 사용이 당사자의 힘으로는 어떻게 할 수 없는 사정에 의하여 종료된 경우, 계약은 종료하는 것으로 추정된다. 이 경우 비록 사고에 대하여 묵시로 약정하였다 하여도 그 사고 자체가 성격 및 범위에 있어서 너무도 철저한 것이기 때문에 당사자가 당초 예상하고 있었다고 보았던 것의 기초가 상실되면 계약 자체가 그 기초와 함께 종료되어 버린다」고 하였다.⁹¹⁾ 또한 W. J. Tatem v. Gamboa 사건⁹²⁾에서 Goddard 판사는 이 학설이 프리스트

88) (1919) A. C. 435 ; 이 사건은 용선계약에서 후발적 사고에 대비한 약관이 불완전한 경우이기는 하였다.

89) William R. Anson, op. cit., p. 439 ; Arnold D. McNair, op. cit., p. 146.

90) William R. Anson, ibid., p. 440.

91) (1916) 1 A. C. 397, 406 ; 본 사건의 판결에 있어서 법관의 의견은 3대 2로 나누어졌었다. Haldane 판사는 소수의견이었다 ; 中村弘, 前掲書, 297쪽.

92) (1939) 1 K. B. 132 ; 이 사건은 스페인 內亂時 원고가 共和派인 피고에게 배한 척을 1939년 7월 1일부터 30일간 임차기로 계약을 체결한 것이다. 피고는

레이션 법리의 가장 확실한 법적 기초가 된다고 주장하여⁹³⁾ 프러스트레이션의 성립의 기준을 ‘契約基礎의 喪失’에 두었다.

이 이론은 당사자의 의사를 고려하지 않으므로 간결하다는 장점이 있다.⁹⁴⁾ 특히 계약의 이행이 특정물의 계속적인 이용가능성에 달려 있는 경우에 이 이론은 적당하다. 그러나 무엇이 계약의 기초로 되는지가 확실하지 않다. 무엇이 계약의 기초로 되는가 하는 의문은 궁극적으로 계약의 해석에 의하여서 해결이 된다. 그렇다면 객관적 의미에 있어서는 이 이론과 목시적 조건이론과는 근본적인 차이는 없게 된다. 이것은 목시적 조건설을 대표한다고 할 수 있는 Loreburn 판사가 Tamplin 사건에서 「어떤 법원도 계약의 면책권을 비록 가지고 있지는 않으나, 계약 및 주변사정의 성질로부터 명시되지는 않았다 하여도 계약을 해소시킬 수 있는 어떤 목시적 조건이 계약의 기초로 존재할 수 있다는 추론은 할 수 있다고 본다」고 하였던 점에서 찾아볼 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

2. 正當解決說

정당해결설(Theory of Just and Reasonable solution)은 당사자의 주관적인 의사와는 관계없이 법원이 계약 후 새로 발생한 사정을 고려하여 정당하고 합리적인 해결을 행하는 결과로 계약이 종료한다고 하는 것이다. Denny, Mott & Dickson, Ltd. v. James B. Frazer & Co., Ltd 사건⁹⁶⁾에서

동선박으로 스페인으로부터 프랑스로 피난민을 운송키 위한 것이었고 임대료는 일당 250pounds였다. 그러나 동년 7월 14일 그 배가 國民派에 의하여 나포되어 동년 9월 11일까지 억류되었다. 원고는 임대료를 청구하였고 피고는 계약의 종료를 주장하였다. Goddard 판사는 「비록 임차료가 위험을 예상한 高率이었던 점으로 보아 당사자가 계약시 선박의 나포위험을 인식한 것으로 볼 수 있으나, 목적물의 멸실 또는 장기간의 장애나 지연으로 인하여 그 계약의 이행이 원래 예상했던 계약의 이행과 실제로 전혀 다른 것이 되어 버린 경우에는 계약의 기초가 상실되어 계약은 종료된 것으로 보아야 한다」고 판시하였다

93) 中村弘, 前掲書, 297쪽 ; Arnold D. McNair, op. cit., p. 148.

94) 中村弘, 前掲書, 298쪽.

95) 上掲書, 298쪽.

Wright 판사는 「프러스트레이션 법리는 어떤 조건의 내포가능성에 좌우되는 것이 아니라 코먼로가 발전시킨 실질적인 특수 원칙이라고 할 수 있다」고 하면서 또한 Constantine 사건에서 「프러스트레이션으로 계약의 종료여부를 결정하는 것은 바로 정당하고 합리적인 결과를 얻기 위하여 법원이 기능을 행사하는 것이다」고 하였다.⁹⁷⁾

묵시적 조건이 존재한다고 볼 수 있는 것도 그것이 정당하고 합리적이기 때문이며 또한 계약의 기초가 상실되었기 때문에 계약의 종료를 인정하는 것도 그것이 정당하고 합리적이기 때문일 것이다. 이러한 관점에서 보면 이 이론은 일응 타당하다고 볼 수 있다.⁹⁸⁾ 그러나 이 이론에는 많은 위험성이 있다. 이 이론은 법원이 계약을 문자 상의 의미를 초과하여 자신이 바람직하다고 생각하는 바 대로 변경할 수 있음을 마치 고유의 관할권인 것처럼 보고 있는 것이다.⁹⁹⁾

사실 British Movietown News, Ltd. v. London & district Cinemas, Ltd. 사건¹⁰⁰⁾에서 Denning L. J.는 「설사 계약이 그 약관에 있어서는 절대적인 것일지라도 당사자의 의사가 절대적이지 않으면 계약은 그 효과에 있어서 절대적이라고 주장될 수 없다. 즉 우리가 피해자에 대하여 “너는 바보 같은 짓을 하였다. 계약문언을 간과한 것은 잘못이다. 계약에 보호조항을 포함시켰어야 했다”고 주장할 수 있던 시대는 지나간 것이다. 계약당사자가 예언자나 Chalmers¹⁰¹⁾와 같은 훌륭한 법률가가 지냈을 통찰력을 갖추고 있을 것으로 기대할 수 없다. 계약당사자는 각자 한계가 있으므로 그에 따른 고려를 하여야 한다」라고 하면서 새로운 사태 하에서의 법원의 정당하고 합리적인 해결의 필요성을 강조하였다.

그러나 Denning 판사의 이 견해는 대법원에서 파기되었다.¹⁰²⁾ 대법원

96) (1944) A. C. 265.

97) 이와 같이 이 이론은 wright 판사가 여러 판례에서 전개했던 이론이기 때문에 “Lord Wright’s Theory”라고도 한다 ; Arnold D. McNair, op. cit., p. 143

98) William R. Anson, op. cit., p. 441.

99) William R. Anson, ibid.

100) (1951) 1. K. B. 190.

101) 物品賣買法(1893)의 起草者임.

102) (1952) A. C. 166 ; 대법원은 법원이 계약의 면책권 없음을 재차 강조하였었

은 Loreburn 판사의 「법원에는 계약의 면책권이 없다」는 주장을 반복하였다. Viscount Simon 판사는 단순히 정당하고 합리적이라는 이유만으로 계약의 종료를 인정하는 것은 계약당사자의 일방이 금전적으로 보다 부담이 되는 경우에도 적용되지 않을 수 없는 것이라 하면서 이 견해를 비판하였다.¹⁰³⁾ Anson도 법관이 자기 자신의 판단만이 사태해결의 정당하고 합리적인 방법이 된다고 보는 것은 옳다고 할 수 없다고 하면서 이 견해는 대법원에서 부인한 것이므로 프러스트레이션 법리의 기초가 될 수 없다고 하였다.¹⁰⁴⁾

3. 債務變更說

채무변경설(Theory of Change in Obligation)은 계약이 환경의 변화로 인하여 처음과는 근본적이고 본질적인 변경에도 불구하고 이행되어야 하는지가 논점이다. Davis Contractors, Ltd. v. Fareham U. D. C. 사건¹⁰⁵⁾에서 Radcliff 판사는 「프러스트레이션은 양당사자의 책임없는 사유로 계약의 이행이 불능으로 되어 그러한 상태하에서 계약을 이행시키는 것이 실체상 계약체결시에 생각했던 것과는 근본적으로 다른 계약을 이행시키는 결과로 되는 경우에 인정된다. 즉 Non Haec in foedera veni(그것은 내가 이행하기로 약속했던 것이 아니다)라고 인정되는 경우가 이에 해당된다. 프러스트레이션 법리가 적용되는 것은 이행의 곤란·불편·多額의 경비나 실질적 손해가 생기는 경우가 아니고, 만약 그 약속을 이행시킨다면 당초 약속된 바와는 전혀 다른 것을 인수시키는 것으로 된다고 하는 채무의 중요한 의미에 있어서의 변경이 있게 되는 경우에 인정된다」고 하여 계약의 종료를 인정하기 위한 관건으로서 채무의 본질적 변경이란 점을 강조하였다. 또한 Simon 판사는 「당사자들이 합리적으로 예견한 계약상의 권리 및 의무의 성질을 본질적으로 변경시키는 사고가 발생할 때, 양당사자가 이에 대하여 책임이 없고 또한 이에 대한 계약상의 충분한 약정도 없는

다.

103) William R. Anson, op. cit., p. 441.

104) William R. Anson, ibid.

105) (1956) A. C. 696 ; A. G. Guest, op. cit., p. 261.

경우, 새로운 상태 하에서 당초의 계약상의 문자대로 이행을 강제하는 것이 부당한 경우 프러스트레이션이 생긴다」고 하였다.¹⁰⁶⁾

Anson은 이 이론을 가장 타당한 것으로 보고 있다. 그는 이 이론에 의할 때 법원이 가장 먼저 해야 할 것은 계약의 해석으로서 이에 의하여 프러스트레이션의 적용여부를 결정해야 할 것이라고 한다.¹⁰⁷⁾

III. 其他 學說

당사자의 의사를 고려한 묵시적 조건설과 법원의 계약내용에 대한 해석을 중시한 학설 외에 기타 착오와 관련한 공통착오설과 제3자의 판단에 의거한 합리적 제3자설, 약인의 불성취설, 흠결보충설, 등가관계과괴설로 프러스트레이션 법리의 이론적 근거를 살펴볼 수 있다. 이러한 기타 학설은 주류를 이루는 학설은 아니지만, 프러스트레이션 법리의 발전과 더불어 제시되어온 기본적인 이론이라 할 수 있다.

1. 共通錯誤說

공통착오설(Theory of Common Mistake)은 양당사자가 어떠한 기본적인 사실의 존재를 믿고 계약을 체결하였으나, 그것이 잘못된 것으로 밝혀졌을 경우 계약에서 벗어날 수 있다는 것인데,¹⁰⁸⁾ 프러스트레이션 사건에 이 이론을 적용하고자 한 경우가 있었다.¹⁰⁹⁾ Bank Line 사건에서 Haldane 판사가 「이 사건이 해석의 문제이건 공통착오의 문제로 취급되던 그것은 중요하지 않다」고 하면서 이러한 시도에 호의를 보였었다.¹¹⁰⁾ 그러나 이러한 시도는 많은 지지를 얻지 못하였는데 그 이유는 영국의 법체계상 착오이론은 계약체결 후 발생하는 즉 후발적 사건을 포함하지 않고 있기 때문이었다.¹¹¹⁾ 즉 錯誤와 프러스트레이션은 서로 다른 法的 概念이며, 전자

106) National Carriers Ltd. v. Panalpina(Northern) Ltd.(1981) A. C. 675, 700.

107) William R. Anson, op. cit., p. 442.

108) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 379.

109) J. C. Smit, op. cit., p. 305 ; Arnold D. McNair, op. cit., pp. 150~151.

110) J. C. Smit, ibid., p. 305.

111) Joseph Constantine S. S. v. Imperial Smelting Corp.(1942) A. C. 154, 186

는 계약의 성립에 관계가 있고 후자는 계약의 종료에 관계가 있으므로 사고가 당사자들의 인식없이 계약성립시에 발생했다면 계약을 종료하는 사고로 항상 무효가 되지는 않는다.

2. 合理的인 第三者說

합리적인 제3자설(Theory of Reasonable Third Party)은 창시자인 Winfield에 의하여 시도된 특이한 접근방법으로서 프러스트레이션의 적용은 어떠한 합리적인 제3자의 판단에 의하여야 한다는 것이다.¹¹²⁾ 그러나 이 이론은 제3자가 법원이 아닌 경우에는 법원 자신의 합리성을 적용할 수 없게 하고 제3자가 법원인 경우에는 전술한 正當解決說이 갖는 문제점이 지적되고 있다.

3. 約因의 不成就說

約因의 불성취설(Theory of Failure of Consideration)은 영국보다는 미국에서 주장되고 있는 것으로서¹¹³⁾ 후발적 사고로 오직 일방 당사자의 이행이 불능으로 되었으나 상대방의 이행을 요구하는 경우에 사용된다. 이 경우에 상대방은 이행불능이 아닌 約因의 불성취를 주장하여 면책이 된다는 것이다. 그러나 이 이론은 約因의 불성취가 어느 정도이어야 하는 것인지에 대하여 의문이 생기므로 비판을 받는다.¹¹⁴⁾

4. 欠缺補充說

흠결보충설(Gap Filling Doctrin)¹¹⁵⁾은 계약의 해석과 관련하여 주장되는 것이다. 이 설에 의하면 ① 계약의 해석은 원칙적으로 당사자의 공통된 의도에 의거하여야 하며(물론 그렇다고 계약시 존재한 당사자가 알았거나 알 수 있었던 사정을 전혀 도외시하지는 않음), ② 합리적 해석의 결과, 계약에 흠결이 존재할 경우에는 善意(Good Faith)¹¹⁶⁾에 따라 보충되어

사건에서의 Wright 판사의 견해 참조.

112) J. C. Smit, op. cit., p. 305.

113) Ibid., p. 309.

114) Ibid.

115) Ibid, pp. 310~315.

야 하며, ③ 위의 방법에 의하여 양당사자가 변경된 사정하에서 더 이상 계약에 구속되지 않고자 하면 계약은 종료하거나 또는 당사자의 권리와 의무의 조정이 필요하게 된다는 것이다.

5. 等價關係 破壞說

등가관계 파괴설(Theory of Disturbed Balance)은 미국에서 주장되고 있는 것으로서 Blair에 의하면 「공정하고 자의적으로 체결된 계약은 두 개의 상응하는 約因, 즉 등가성의 요소를 지닌다. 만약 이 등가관계가 심하게 파괴된다면, 즉 어떠한 이유로 인하여 일방 당사자에 의한 계약의 이행이 타방에게 이익을 주지 않는다고든가 혹은 이행할 당사자에게 심히 부담을 주는 경우에는 이것은 법률문제로서 불능의 사태에 접근하는 것이다」라고 한다.

第3節 프러스트레이션 概念의 多義性

계약체결 이후 당사자가 예측하지 못한 귀책사유 없는 사건의 발생으로 계약이 이행불능 되거나 혹은 이행은 가능하여도 계약의 사정변경으로 인하여 계약의 목적달성이 불가능해질 경우 계약은 자동적으로 종료한다. 이에 대하여 i) 당사자의 계약체결시의 의사를 존중하여 당사자를 계약이행의무로부터 면제시키는 묵시적 조건이 존재한다고 주장하는 默示的 條件說, ii) 당사자의 의사를 전혀 고려하지 않은 채 계약을 이루는 근본적인 기초가 상실되었으므로 계약이 그 기초와 함께 종료된다는 契約基礎喪失說, iii) 계약당사자의 주관적인 의사와는 관계없이 계약 체결 이후 발생한 새로운 사정을 고려하여 정당하고 합리적인 해결을 행하는 결과로 계약이 종료한다고 보는 正當解決說, iv) 계약이 환경변화로 인하여 계약의 근본적이고 본질적인 변경으로 인하여 계약이 종료된다는 債務變更說이 대표적이라 할 수 있다.

116) 善意(Good Faith)라 함은 사회가 일반적으로 인정하는 합리성과 공정한 거래(Fair Dealing)라고 한다.

계약이 체결이 되면 계약당사자의 의사에 따라 이행되어야 함이 당연한 것이다. 그러나 예측하지 못한 사건으로 인하여 특정물이 소멸되거나 계약목적을 달성할 수 없을 경우에도 계약이 이행되는 것이 합당한지 여부가 문제가 되는데 이에 대하여 여러 근거를 들어 많은 학설들이 논의된 것이다. 프러스트레이션이 성립되는 경우는 특정물의 滅失, 惡化, 無用 및 死亡, 疾病으로 인한 履行不能, 履行方法의 不能, 戰爭의 勃發, 政府의 輸出禁止 등의 사유를 들 수 있다. 이 모든 사유는 계약이 체결된 이후에 발생한 사유로써 계약성립시 문제되는 착오와는 다르고, 귀책사유가 없이 발생한 것으로써 계약위반과는 차이가 있다. 이러한 여러 사유로 인하여 판례를 통해 정립된 프러스트레이션 법리에 대한 이론적 근거는 다양할 수 밖에 없는 것이다.

그러나 각 학설마다 타당한 면과 그렇지 못한 면이 존재하는데 목시적 조건설이나 계약기초상실설은 계약의 내용에 대한 해석을 중심으로 볼 때 근본적으로 차이가 없음을 알 수 있었다. 그리고 정당하고 합리적인 결과를 위해 법원이 계약종료를 결정한다는 정당해결설 또한 ‘법원의 면책권 부재’ 및 법관의 판단만이 프러스트레이션의 이론적 근거가 될 수는 없다는 비판이 있다. 그 외 채무의 본질적 변경을 강조하는 채무변경설이 있는데 계약의 목적 자체가 예상치 못한 사건발생으로 인하여 달성하지 못할 경우 계약은 종료된다고 설명하고 있으나, 특정물 멸실로 인한 이행불능의 경우는 제외되어 있어 미흡하다고 볼 수 있다.

계약체결 이후 어떤 사유이든지 간에 계약당사자가 계약체결 당시 예측하지 못했고, 당사자의 귀책사유 없이 어떤 사건이 발생한 경우 계약의 이행이 후발적으로 불가능해지거나, 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 사정이 변경된다면 계약의 이행이 불가능하므로 이는 당연히 종료되어야 한다. 그리고 또한 이행이 가능하더라도 계약당사자가 의도한 根本目的을 달성할 수 없다면 이 또한 이행을 할 필요가 없는 것이다. 따라서 프러스트레이션 법리에 대한 근거로 귀책사유 없는 후발적 이행불능으로 당연히 계약이 종료되는 ‘후발적 이행불능설’로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. i) 豫測하지 못한 事件의 發生, ii) 後發的 履行不能, iii) 歸責事由 不在라는 要件이 충족이 되면 프러스트레이션이 성립이 되고 당연히 契約이

終了되고 그 시점 이후의 양당사자의 履行義務는 免除되는 것이다.

즉 어떤 사유로 계약이 종료되든지 이는 後發的으로 履行不能될 것을 요건으로 하고, 여기서 불능이란 물리적으로 목적물 멸실로 인한 불능이 되든지 이행이 가능하여도 계약의 근본적인 목적을 달성하지 못할 경우의 불능까지 다 포함하는 개념이다. 프러스트레이션의 법리가 계약의 목시적 조건, 계약기초의 상실, 정당하고 합리적인 해결, 일정 채무의 변경 등의 근거가 아닌 이 모든 근거를 포함하는 ‘歸責事由없이 발생한 後發的 履行不能’에 그 理論的 根據를 두고 프러스트레이션 法理를 뒷받침 하는 것이다.

第3章 傭船契約上 프러스트레이션의 成立要件

第1節 프러스트레이션의 成立要件

원래부터 이행이 불가능한 것에 대한 어떤 합의가 계약당사자 간에 이루어졌다면, 이는 계약이라 할 수 없다.¹¹⁷⁾ 그러나 양 당사자가 합의할 당시 이행이 가능했었던 특정계약을 체결한 후, 해당 계약의 이행을 불가능하게 하거나 또는 그들이 계약체결당시 의도했던 계약목적의 달성을 방해하는 예상하지 못했던 사건이 발생할 가능성은 어떤 형태의 계약이든 항상 잠재한다. 그런데 이러한 사건이 양 당사자들의 계약상의 이행의무를 소멸시키는 근거가 되는지가 문제된다.

그런데 커먼로 하에서는 “계약은 이행되어야 한다(Pacta sunt Servanda)”는 契約神聖의 原則을 고수하고 있었다. 그리하여 계약당사자들은 예측할 수 없는 어려운 문제들을 취급하기 위해 불가항력 조항을 그들의 계약서에 삽입시키는 경향이 있어 왔다. 그런데 이러한 불가항력 조항들은 종종 해석상 또는 적용상의 많은 문제점들을 야기시켰다.¹¹⁸⁾

이러한 커먼로상의 엄격이행의 원칙은 1863년의 Taylor v. Caldwell 사건¹¹⁹⁾을 계기로 그 엄격성이 완화되는 특별한 원리로 법원에 의해 발전되어 왔다. 즉 i) 양 당사자의 귀책사유 없이 어떤 불가항력적이고도 외래적인 사건발생에 의해 더 이상의 계약이행이 불가능해진 경우, ii) 계약이 체결된 후 이행이 완료되기 전에 계약의 주된 목적물에 대한 물리적인 파

117) Kenneth Smith & Denis J. Keegan, *Mercantile Law*, 4th ed. (Mass : Pitman Publishing Ltd., 1977), p. 74.

118) Superior Overseas Development Corporation and Phillips Petroleum(UK) co., Ltd. v. British Gas Corporation(1982) 1 Lloyd's Rep. 262.

119) Blackburn J. in Taylor v. Caldwell(1863) 3B. & S.826, 839.

괴로 인해 계약의 이행을 불가능하게 만드는 사건이 발생한 경우, iii) 계약의 이행을 불법으로 만드는 후발적 사건이 발생한 경우¹²⁰⁾, iv) 또한 이러한 성립요건들보다 덜 명백하긴 하지만 지난 수 십년 동안 법적 측면에서의 급속한 발전을 근거로 많은 판례에서 프러스트레이션이 성립되는 것으로 판결되어온 계약목적달성불능 사건이 발생한 경우를 들 수 있다.

한편 i) 다른 이유 없이 계약이행상의 비용만이 현저히 증가된 경우, ii) 일시적인 이행불능, iii) 계약당사자가 ‘스스로 자초한 프러스트레이션’, iv) 계약당사자들에 의해 예측된 사건의 발생, v) 공통된 계약목적달성의 불능, vi) 다른 대안이 존재하는 경우 등과 같은 경우에는 프러스트레이션의 성립이 인정되지 않는 것으로 판결되어 왔다.

이하에서는 이렇게 판결을 통해 정립된 프러스트레이션 법리를 사건 원인별로 그 형태를 분류하여 프러스트레이션의 一般的 成立要件을 도출하고, 용선계약상 나타난 구체적인 프러스트레이션 成立要件을 考察하고자 한다.

I. 豫測하지 못한 事件의 發生

1. 概念

프러스트레이션이 성립되기 위해서는 우선적으로 계약당사자가 계약 체결 후에 예측하지 못한 사건이 발생하여야 한다. 대부분의 판례에서 예기치 못한 사건이 발생한 경우 프러스트레이션이 성립하는 것으로 판시했다. 여기서 계약당사자 간에 분쟁발생의 예측가능성에 대한 판단기준은 계약서상 명시적 규정의 유무에 따라 결정되는 것이 아니라, 분쟁발생시 주위사정의 모든 증거물을 기준으로 하여 법원이 종합적으로 판단하게 되는 것이다.

많은 권위 있는 판례는 계약 체결시 당사자가 이행불능 또는 계약목적달성불능의 원인이 될 사건을 합리적으로 예측할 수 있었던 경우에는 프

120) 이 경우에는 공공정책에 위배된다는 근거하에서 해당 계약의 프러스트레이션이 성립되는 것으로 판결되어 왔다.

러스트레이션이 성립되지 않는다고 판시되었다.¹²¹⁾

그러나 일부 판례에서는 이를 부정하였는데,¹²²⁾ 특히 미국의 주식계약법¹²³⁾에서 ‘예측가능성’은 프러스트레이션의 적용여부를 결정하는 많은 요건중의 하나에 불과할 뿐이라고 하였다. 즉 당사자에게 비록 계약시 사고의 예측은 가능하였으나, 상대방의 지위가 워낙 일방적이어서 부득이 정형계약서에 서명하지 않을 수 없었던 경우에는 단순히 예측가능성만을 따질 수 없다는 것이다.¹²⁴⁾ 또한 복잡한 내용의 계약을 체결하는 경우에도 예측가능한 사건이라고 하여 모두 프러스트레이션의 적용을 부인할 수는 없을 것이라는 이유를 들었다.

그러나 계약 체결시에 앞으로 발생할 사건을 합리적으로 예측한 경우는 계약당사자는 사고에 대비하여 당사자 간의 의사는 충분히 계약서에 반영될 수 있을 뿐만 아니라, 많은 판결이 계약당사자가 위험을 인수¹²⁵⁾한 것으로 보아왔기 때문에 그에 대비하고자 흔히 계약 중에 불가항력조항 (Force Majeure¹²⁶⁾ Clause)¹²⁷⁾을 포함시키고 있다.¹²⁸⁾ 그러므로 프러스트

121) Bernina distributors, Inc. v. Bernina Sewing Machine Co. (1981) 646 F. 2d 434. ; Walton Harvey Ltd. v. Walker & Homfrays Ltd. (1931) 1 Ch. 274.

122) Glen R. Sewell Sheet Metal, Inc. v. Loverde (1969) 70 Cal. 2d 666, 75 Cal. Rptr. 889, 451 P. 2d 721.

123) Restatement, Contract(2d), §261 Comment b.

124) L. N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Gov't (1949), 177 F. 2d 694.

125) John D. Calamari & Joseph M, op. cit., p. 570 ; W. J. Tatem Ltd. v. Gamboa (1939) 1 K. B. 132.

126) 국제계약에서 사용되고 있는 ‘不可抗力’이란 용어는 프랑스어의 ‘force majeure’를 사용하고 있는데, 이는 프랑스의 나폴레옹 민법전의 기초자가 제 1148조에서 사용했던 superior force에 해당하는 프랑스어에서 유래한다.

127) 계약체결시 계약에서 不可抗力條項을 삽입시키는 근본적인 목적은 계약체결 이후에 당사자가 통제할 수 없는 일체의 사태, 즉 不可抗力이 발생하였을 때 계약당사자가 자신을 보호하기 위한 것이다. 일반적으로 不可抗力은 계약의 이행을 방해하는 不可抗力이 발생하였을 경우에 契約이 자동적으로 消滅되거나 契約期間을 연장하거나 또는 契約의 消滅에 대한 선택권을 부여한다. 따라서 不可抗力條項은 不可抗力이 실제로 발생한 경우에 적용되는 것이라 말할 수 있다. 또한 不可抗力條項에서 규정된 모든 사유를 면책할 수 있는지

레이션이 성립되기 위해서는 계약체결 이후에 계약당사자가 예측하지 못한 사건의 발생이 요구된다.

2. 事例

예측하지 못한 사건의 발생이 인정된 사례는 프러스트레이션 법리가 적용된 대부분의 사건을 통해 확인할 수 있다. 계약 체결시에 양 당사자가 이행불능 또는 계약목적달성불능의 원인이 되는 사건을 합리적으로 예측할 수 있었던 경우에는 프러스트레이션이 성립되지 않는다고 판시되었는데 그 예로 *Bernina distributors, Inc. v. Bernina Sewing Machine Co.* 사건¹²⁹⁾과 *Walton Harvey Ltd. v. Walker & Homfrays Ltd.* 사건¹³⁰⁾을 들 수 있다.

II. 後發的 履行不能

1. 概念

後發的 履行不能이란 계약당사자 간의 계약체결 이후에 예측하지 못한 사건의 발생으로 인하여 계약의 급부이행이 불가능하게 되는 경우를 말한다. 즉 後發的으로 履行不能되어야 하는데 이는 이행 자체가 불가능한 경우와 이행은 가능하나 계약자체의 목적을 달성하지 못하는 경우를 모두 포함한다. 계약의 현저한 사정변경으로 인하여 契約目的達成을 하지 못한 경우는 이행은 가능하여도 그 자체로는 계약의 본래 목적을 달성할 수 없으므로 이를 履行不能으로 본다. 履行不能의 경우는 다시 i) 特定物 滅失, ii) 履行方法의 不能, iii) 履行의 違法性으로 分類할 수 있다. 後發的 履行

는 해석상의 문제이며, 조항이 완전하지 못한 때에는 단순한 후발적 사태에 대한 조항으로서 프러스트레이션 法理의 적용 가능성이 있다.

128) John D. Calamari & Joseph M, op. cit., p. 571 ; 불가항력조항은 그 내용이 포괄적이고 명확하지 않아 문제가 있을 수 있으나, 그것이 명백히 비합리적이거나, 악의적일 경우에는 효력이 부인되어야 할 것이다.

129) (1981) 646 F. 2d 434.

130) (1931) 1 Ch. 274.

不能을 이루는 사유는 수많은 판례를 통해 살펴볼 수 있는데 이하에서는 대표적인 판례를 중심으로 그 내용을 고찰하고자 한다.

2. 事例

1) 履行의 物理的 不能

(1) 特定物の 滅失

① 滅失, 惡化, 無用

프러스트레이션이 성립될 수 있는 요건 중의 하나로서는 우선 特定物의 滅失을 들 수 있다. 계약이 실행되려면 계약체결 후에도 계약의 이행에 결정적으로 필요한 특정인물이라던가 또는 특정사물이 계속하여 존재하여야만 하는 경우에 그 특정의 인물이나 또는 그 특정사물이 물리적으로 멸실되었을 때는 계약은 무조건 목적을 달성할 수 없게 된다. 왜냐하면 특정물의 계속적 존재가 그 계약의 이행에 필수요건이기 때문에 그러한 계약은 특정물이 멸실될 경우에는 당사자들에게 이행을 면제시킬 것이라는 묵시적 조건을 포함하고 있는 것으로 간주되기 때문이다.

Taylor v. Caldwell 사건에서는 「그 특정된 인물이나 그 특정된 사물의 멸실로 인한 목적달성불능은 이행을 면제한다는 것이 묵시적 조건」이라고 판시¹³¹⁾하고 있어 계약의 이행이 특정물과 관련되어 있을 경우 쌍방의 과실없이 그 목적물이 멸실될 경우 계약은 프러스트레이션에 의하여 종료됨을 알 수 있다.¹³²⁾

131) 예를 들어 선박을 용선하여 물건을 운송하기로 계약하였는데 선주나 그의 사용인은 주의를 태만히 하지 아니하였는데도 폭발사고가 일어나 배가 가동불능하게 되어서 운송목적을 달성할 수 없게 되었을 때, 이 용선계약의 목적은 프러스트레이션으로 인하여 멸실되었다고 할 수 있다. 우리나라 상법 제 807조에서도 이 경우는 계약종료사유에 해당된다고 명문으로 규정하고 있다.

132) 불특정물의 판매의 경우에 해당하는 예를 들자면, 도매상을 하고 있는 한국의 수출상 甲이 미국의 수입상 A에게 어떤 종류의 남자용 양복 500벌을 수출하기로 계약하였는데 계약당시에 甲은 실지로 그의 창고에 500벌의 계약내용의 양복을 보관하고 있었으며 또한 그 옷을 A에게 송부할 의사도 가지

이때 물론 그 특정물이 어디까지나 계약의 이행에 本質的인 것임이 요구된다.¹³³⁾ 즉 계약의 주목적이 멸실된 것이면 족하다. 이러한 극적인 효과를 가지지 않는 부분과괴는 계약이 한 당사자에게 전부이행에 대한 「면책」을 제공하거나 혹은 당사자에게 「취소」할 선택권을 줄지라도 전체 계약을 종료시키지 못한다.¹³⁴⁾

그러나 이와 관련하여 과연 목적물이 특정되었다고 할 수 있는가에 관하여는 약간의 검토가 필요하다.¹³⁵⁾

특정산지로부터 수확된 것에 한한다고 명시한¹³⁶⁾ 경우는 목적물이 특

고 있었다. 그런데 甲이 선적할 즈음에 이를 보관하고 있던 창고에 불이 나서 양복도 함께 소실하였다. 그러나 이러한 사정하에서 甲은 프러스트레이션을 이유로 주장할 수 없으며 이행을 면제받지 못한다. 왜냐하면 당사자들은 특정물을 계약한 것이 아니기 때문이다. 甲은 아직 代品을 구입하여 A에게 선적할 수 있으며 비록 그렇게 하는 것이 甲에게 거래상 손실을 가져올지라도 甲은 이행 책임은 면할 수 없기 때문이다.

133) Emanuel Steven and Knowles Steven, *Contracts*, 3rd ed. (New York : Emanuel Law Outlines, Inc., 1987), p. 350.

134) 林榮秀, “國際物品賣買契約에 있어서 Frustration에 관한 研究”, 釜山大學校 大學院 經濟學碩士 學位論文 (1990), 26쪽.

135) 이와 관련하여 英國物品賣買法(The Sale of Goods Act, 1893) 제7조에서는 「특정물건을 판매하기로 계약하고, 그 후 매도인이나 매수인 중의 어느 쪽에도 과실이 없이 그 물건이 매수인에게 위험이 넘어가기에 앞서 멸실되었을 경우, 그 계약은 효력을 잃게 된다」고 규정하고 있다. U.C.C. 제2-613조에서도 특정물이 계약의 이행에 요건이 되는 경우에 손실의 위험이 매수인에게 이전되기 전에 당사자 중 아무에게도 과실이 없이 손상을 입었을 경우에는, 「① 만일 그 손실이 전반적이라면 계약은 효력을 상실하게 되며, ② 손실이 부분적이거나 그 물건이 계약에 부합하지 않을 만큼 변질되었다면 매수인은 이에 불구하고 검사를 요구하여 계약을 무효로 하거나 또는 수량 부족분에 대한 적절한 減價를 하여 물건을 수리할 수 있으며 매도인에게 더 이상 권리를 가지지 않는다」고 규정함으로써 전반적 손실의 경우(제1항)에는 계약이 사실상 프러스트레이션 되는 것으로 구분하고 있다.

136) 해석상 묵시적으로 인정되는 경우도 포함된다고 보는 것이 다수의 견해이다.

정된 것으로 본다.¹³⁷⁾ 그러므로 특정농장에서 수확할 농작물이 흉작으로 산출할 수 없게 된 경우에는 이 계약은 프러스트레이션으로 종료한다. 매도인이 단지 일정량의 농작물을 인도키로 한 경우 및 여러 산지를 지정하여 그 중 하나의 산지에서 흉작이 된 경우에는 프러스트레이션이 적용될 수 없다.¹³⁸⁾ 그리고 특정여부는 프러스트레이션을 주장하는 당사자가 멸실된 물건을 인도할 예정이었음을 입증하는 것으로는 충분하지 않으며 쌍방 당사자가 그것을 목적물로 할 것을 의도하였어야 한다.¹³⁹⁾ 따라서 계약상 특정산지를 약정함이 없이 단지 매도인이 특정산지를 이용하려고 한 경우는 그 산지의 하자로 인하여 프러스트레이션은 적용되지 않는다.¹⁴⁰⁾

滅失에는 목적물의 상태가 심하게 악화된 경우도 포함된다. Asfar & Co. v. Blundel 사건¹⁴¹⁾에서 화물이 해수에 침수되어 商事的으로 價値를 喪失한 경우를 예로 들 수 있다. 이 경우는 화물의 특성이 파괴되어 프러스트레이션이 성립된 경우로 계약은 자동적으로 종료되었다.

또한 契約履行에 있어서 필요한 特定物이 滅失한 것은 아니지만, 그 계약이행에 無用하게 된 경우도 프러스트레이션이 성립된다.¹⁴²⁾ 傭船契約에 있어서 船舶이 強迫, 抑留¹⁴³⁾되었거나 정부에 의하여 徵發된 경우,¹⁴⁴⁾ 그 외의 경우로 계약당사자의 일방이 중병에 걸렸거나,¹⁴⁵⁾ 부두 노동자

137) Howell v. Coupland(1876) 1 Q. B. C. 258.

138) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, *ibid.*

139) Emanuel Steven and Knowles Steven, *op. cit.*, p. 351.

140) Melvin A. Eisenberg, *Contracts*, 11th ed. (California : Harcourt Brace Jovanovich, 1984), p. 151.

141) (1896) 1 Q. B. 123.

142) G. H. Treitel, *op. cit.*, p. 588.

143) The Evia(No.2)(1981) 1 Lloyd's Rep. 334.

144) Reshington, Anderson & Co. (1915) 3 K. B. 676 ; Bank Line Ltd. v. Arthur Capel & Co. (1919) A. C. 435.

145) A는 B가 연출하는 오페라의 주역을 맡기로 했다. 첫 공연은 11월 28일로 예정되었다. 그런데 A는 연습 중 11월 23일 병에 걸렸다. 이때만 해도 A가 언제 나올지가 분명하지 않았다. 그래서 B는 A의 대역(대역될 사람은 그곳에서 유일한 사람이었음)을 구하였고 대역될 사람은 전 공연기간에 출연할 것을 주장하였다. A는 12월 4일 완쾌되어 B에게 출연을 요청했으나 거절되었

의 파업으로 인해 화물이 無用하게 된 경우,¹⁴⁶⁾ 또는 敵國에 抑留되거나 軍隊에 徵集된 사례 등이 이에 해당한다. 그러나 無用이 일시적이어서 계약의 이행에 실질적인 영향이 없는 경우에는 계약은 프러스트레이션에 의하여 종료하지 않는다.¹⁴⁷⁾ 이것은 계약의 성질상 약정일 혹은 약정일 이전에 이행되어야 하는 것이 중요한 것인가 여부에 의하게 된다.

또한 특정물건을 매매할 것을 계약하였으나 一部不足의 경우에는 다음과 같은 결과를 초래하는 것으로 본다. 첫째, 합리적 대체수단이 없는 한 계약의 그 일부는 종료한다.¹⁴⁸⁾ 즉, 매도인은 그 부족액에 대하여 면책된다. 둘째, 잔여부분이 실질적인 이행가치가 있는 경우에는 잔여부분은 소멸하지 않는다.¹⁴⁹⁾ 따라서 매도인은 실제로 생산된 양을 인도하여야 한다.¹⁵⁰⁾ 그러나 一部不能이 잔여부분의 이행을 실질적으로 보다 큰 부담이 되게 하는 경우에는 契約全部가 終了한다. 셋째, 상대방은 일부불능으로 인한 영향이 交換契約의 本質的 部分의 이행을 불능하게 할 경우에는 계약을 종료할 수 있는 권리가 있게 된다.¹⁵¹⁾

다 ; Poussard v. Spiers & Pond(1876) 1 Q. B. D. 410, 이 사건을 맡은 배심은 대역을 고용한 것은 타당하다고 판결했다. 즉 배심은 A의 질병은 일시적이라 하여도 당시에 그 기간을 명확히 알 수 없었으므로 계약의 이행에 실질적인 영향이 있는 것으로 보아 프러스트레이션을 인정한 것이다. 그러나 그 당시 A의 질병은 단지 몇 일간만 지속될 것이 명확하였다면 B는 채무불이행의 책임을 지게 될 것이다 ; Bettini v. Gye (1876), 1 Q. B. D. 183.

146) The Nema (1982) A. C. 724.

147) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 562 ; Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 363.

148) Restatement, Contract(2d), §270 ; John D. Calamari & Joseph M. Perillo, ibid., p. 564 ; Waugh v. Morris (1873) L. R. 8 Q. B. 202 recited at Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, 8th ed. (London : Stevens & Sons, 1986), p. 160.

149) Restatement, Contract(2d), §270(a) ; John D. Calamari & Joseph M. Perillo, ibid.

150) H. R. and S. Sainsbury Ltd. v. Street (1972) 1 W. L. R. 834.

151) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 564.

② 死亡 또는 能力喪失

계약의 이행에 있어서 특정인의 개인적 의무가 특히 요구되고 또한 타인이 이를 대신할 수 없는 경우, 그의 死亡 또는 能力喪失은 契約을 終了시킨다.¹⁵²⁾ 여기의 특정인은 반드시 계약당사자에 한하지 않으며, 계약의 이행에 필요한 제3자도 포함된다.¹⁵³⁾ 어느 경우가 이에 해당하는 가는 계약이 명시적으로 나타내고 있는 때뿐만 아니라, 계약의 전반적 상황에 의하여도 판단될 수 있다.¹⁵⁴⁾

이 원칙은 상대방 당사자인 受領人の 死亡의 경우에도 적용된다.¹⁵⁵⁾ 고용에 있어서는 피용자가 사망한 경우뿐만 아니라 피용자가 사용자의 개인적 지시 및 감독을 받아서 작업을 하여야 하는 경우¹⁵⁶⁾에 있어서도 사용자의 사망은 프러스트레이션으로 계약을 종료시킨다.¹⁵⁷⁾ 개인적 노무를 필요로 하는 계약도 마찬가지인데 그 노무를 제공해야 하는 당사자가 그 노무의 제공으로 인하여 자신의 건강을 해치게 될 경우에도 종료될 수 있다.¹⁵⁸⁾

(2) 履行方法의 不能

특정물의 멸실로 계약이 종료하듯이 約定된 履行方法이 不能이 되면

152) Restatement, Contract(2d), §262 ; John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 551.

153) Spalding v. Rosa, 71 N. Y. 40 (1877) ; Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 361.

154) Emanuel Steven and Knowles Steven, ibid.

155) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 552.

156) Lacy v. Getman (1890) 119 N. Y. 109, 23 N. E. 452.

157) 그러나 많은 법원은 피용자의 채무가 개인적인 것이기 때문에 계약이 종료한다고 한다.

158) Wasserman Theatrical Enterprise, Inc. v. Harris (1950) 137 Conn. 371 ; 예를 들어서 어떤 공연에 출연하기로 한 배우가 공연 전에 자신이 후두암에 걸린 것으로 오인하고 의사의 충고에 따라 공연을 취소하고 치료를 받기로 했다. 정밀진단의 결과, 그는 암에 걸린 것이 아닌 것으로 나타나 극장주가 계약위반으로 소를 제기하였다. 이 경우 그 배우의 우려는 타당하며 따라서 계약은 종료한다고 하였던 것이다.

계약이 프러스트레이션에 의하여 종료된다.¹⁵⁹⁾ 물론 이때의 이행방법이 계약의 본질적이고 중요한 부분일 경우에 한한다.¹⁶⁰⁾¹⁶¹⁾

그러나 대체로 계약상 명시되었거나 또는 명시되지 않았다 하더라도 합의된 물건의 인도방법이나 대금의 지불방법은 계약의 본질적인 부분이 될 수 없고 부차적인 것으로 본다.¹⁶²⁾ 법원은 부차적인 사항인 인도방법이나 대금의 지불방법이 불능으로 되었을 경우에는 계약의 종료를 인정하기 보다는 합리적으로 가능한 代替手段을 사용하여 계약을 이행하도록 한다.¹⁶³⁾ 예를 들어 Tsakiroglou & Co., Ltd. v. Noble Thorl G. m. b. H. 사건¹⁶⁴⁾은 명시적 약정이 없는 경우였으나, 대체수단의 사용을 인정하여 프

159) 약정된 선박의 좌초로 적기에 목화씨를 운송할 수 없게 된 경우로서는 Nickoll and Knight v. Ashton, Eldridge & Co., (1901) 2 K. B. 126 ; A. G. Guest, op. cit., p. 1093.

160) Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 356 ; 물론 이 경우의 이행방법은 쌍방당사자가 공통적으로 인식한 것이어야 한다 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 591.

161) Miller v. Campello Cooperative Bank (1962) 344 Mass. 76 ; 예를 들어 어떤 은행이 다음과 같은 조건으로 주택을 매도하였다. 주택의 매매가격은 US\$2,800이고 매수인은 선금 없이 매월 US\$30씩 지불하여 이것으로 원금의 이자, 공과금 및 원금상환에 충당하는 조건이었다. 그렇게 하여 20년이 지난 후 공과금이 너무 인상되어 매월 US\$30으로는 이자 지불 및 원금상환이 도저히 불가능하게 되었다. 그래서 은행은 매일 지불금액의 인상을 요구하였다. 즉 은행은 매월 US\$30으로는 원금상환을 할 수 없어 종국적으로 계약의 이행이 불능하다고 주장하였다. 법원은 주택의 매수인이 잔금을 일시불로 지불할 수 있으면 몰라도 그렇지 않으면 이 계약은 약정된 이행방법의 불능으로 종료한다고 하였다.

162) Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 360 ; John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 545.

163) Emanuel Steven and Knowles Steven, ibid. ; G. H. Treitel, op. cit., p. 591.

164) (1962) A. C. 93 ; 수단산 낙화생을 독일의 함부르크까지 운반하는 계약을 체결할 때 당사자들은 수에즈운하를 통과할 것을 예상하였으나 중동전쟁으로 운하가 봉쇄되었다. 이에 대하여 법원은 계약 중에는 引渡期日의 약정도 없었고 또 航路도 특정되지 않았기 때문에 계약은 종료하지 않고, 따라서 매

러스트레이션¹⁶⁵⁾을 인정하지 않았다. 명시적 약정이 있었다 할지라도 역시 같은 결론에 도달할 것이다.¹⁶⁵⁾ 그러나 부패하기 쉬운 物件運送契約이나 계약상 수에즈 운하를 통한 明示的인 約定을 하고, 이 履行方法이 유일한 방법이라고 한 경우에는 契約은 終了할 것이다.¹⁶⁶⁾

또한 계약서에 여러 가지의 代案的인 履行方法을 규정하고 있는 경우, 그 이행방법들 중의 하나 또는 다수가 불가능하게 되었더라도 계약서에 명시된 어느 한 가지의 이행방법이 가능한 상태로 존재하는 한, 해당 계약은 frustra 트레이션이 성립되지 않는다. 다만 최근의 판례에서 가능한 상태로 남아있는 이행방법으로 이행을 시도하는 것이 전례 없는 수준으로 상황이 변화되는 결과를 초래하게 된 경우, 계약서상의 명시적 규정을 근거로 그 예외를 인정하려는 경향이 있을 뿐이다.¹⁶⁷⁾

(3) 履行의 違法性

frustration이 성립되는 경우로는 後發的 違法性, 즉 계약이 체결 당시에는 適法하였으나, 계약의 이행을 法의 改正, 法的解釋, 執行命令, 또는 戰爭의 勃發 등으로 인하여 법적으로 불가능하게 되는 경우로 契約債務者는 frustra 트레이션이 성립되어 이행이 면제된다. 그러나 법의 변경이 단순히 계약을 이행하는데 어려움만 주는 정도에 그침으로써 이행이 不法

도인은 사정에 따라 실행가능한 대체방법을 선택하여 이행하여야 한다고 하면서 비록 희망봉을 우회하여 운항하는 것이 2배 이상의 시간과 비용이 소요된다 할지라도 그것이 합리적인 대체수단에 해당한다고 하였다.

165) 이것은 Simon 판사의 견해이다 ; A. G. Guest, op. cit., pp. 1093~1094.

166) A. G. Guest, ibid, p. 1094 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 661 ; 일반적으로 운하를 통과하지 않고 희망봉을 우회 운항하는 경우, 당사자들의 권리·의무관계를 정하는 취지의 ‘수에즈운하 조항’을 약정하는데, 이 약정이 불명확한 경우에는 문제가 제기된다.

167) 이 점에 관해 주의해야 할 사항은 해당 사건들에 대한 계약서상의 명시적 규정에 근거해서 U.C.C. 상의 「비현실성」의 개념이 도입됨으로써 frustration의 성립을 인정하려는 경향이 있는 것이지, 「비현실성」의 개념 자체만으로 계약의 frustration이 성립되는 것은 아니라는 점이다. ; Tradax Export S. A. v. Andre & Cie(1976) 1 Lloyd's Rep. 416, 423.

이 되지 않는 경우에는 이행은 면제되지 않는다.

또한 계약이 締結當時에 違法한 경우에는 처음부터 無效이지 프러스트레이션과는 관계가 없다.¹⁶⁸⁾ 이행을 금지하는 법령에는 법률이나 행정명령 뿐만 아니라, 法院이나 行政府의 處分도 포함된다. 초기의 판례들은 외국법은 포함되지 않는다고 하였으나,¹⁶⁹⁾ 많은 판례에 의하여 외국법도 포함¹⁷⁰⁾된다고 본다.¹⁷¹⁾ 사건 발생 이후의 위법에 의하여 계약이 종료되기 위해서는 합의의 기초가 흔들려야 하며 그것이 일시적이거나 일부에 그치는 경우에는 프러스트레이션 법리가 적용되지 않는다. 즉 違法性이 消滅된 이후의 이행이 원래의 이행과는 다른 별개의 이행으로 되어야 한다고 인정되어야 하고,¹⁷²⁾ 사건발생으로 인하여 단기간이 아닌 합리적인 기간 동안 이행불능이 있거나 예상되어야 한다.

이행불능을 야기시키는 사건이 일시적으로 진행되는 경우에는 계약의 프러스트레이션이 성립되지 않는 것으로 판결되어 왔다.¹⁷³⁾¹⁷⁴⁾ 이러한 원

168) Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 362.

169) Jacobs, Marcus & Co. v. Credit Lyonnais (1884) 12 Q. B. D. 589.

170) Ralli Bros. v. Compania Naviera Sotay Aznar (1920) 2 K. B. 287 ; Scrutton 판사는 「영국은 다른 독립 국가의 법이 위반되는 것을 돕거나 찬성해서는 아니된다」고 하면서 외국법이 포함됨을 분명히 하였다.

171) U.C.C. §2-615(a).

172) A. G. Guest, op. cit., p. 262 ; G. H. Treitel, op. cit., pp. 586~587 ; Michael M. Furmston, op. cit., p. 518.

173) Nordan v. Rayner and Sturgess (1916) 33 T. L. R. 87 K. B. ; 원고가 6년 동안 피고를 위해 런던지역의 중개인 역할을 담당하기로 1914년 7월에 계약을 체결하였다. 원고는 독일 태생이었으며, 따라서 제1차 세계대전의 발발로 인해 그는 1914년 9월에 억류되었다. 그러나 그는 사실상 프랑스계의 Alsace 계통이었기 때문에 그해 10월에 곧 석방되었다. 그런데 전쟁이 발발되었을 때 피고는 그에게 계약이 종료되었다고 통지하였다. 원고는 이에 동의하지 않고 계약위반으로 소송을 제기하였으며, 그 결과 승소판결을 받았다. 즉 동 사건에서의 계약기간은 6년간이었으며 원고의 억류에 의한 방해는 불과 1개월 정도의 단기간이었기 때문에 동 계약은 프러스트레이션이 성립되지 않는 것으로 판결되었다.

174) Port Line Ltd. v. Ben Line Steamers Ltd. (1958) 2 Q. B. 146 ;본 사건을

칙은 특정 사건이 발생하자마자 그 사건이 계약에 미치는 효과에 대한 합리적인 判斷을 내릴 수 있다는 전제하에서 성립된다.¹⁷⁵⁾

예를 들어 갑관 노동자들의 同盟罷業이 용선계약의 이행을 방해하는 경우를 가정해 보자.¹⁷⁶⁾ 이 계약은 동맹파업이 시작되자마자 즉시 프러스트레이션이 성립되지는 않는다. 이러한 경우 합리적인 事業家가 이 사건이 根本적으로 契約의 履行을 방해할 가능성이 있는가의 여부에 대한 판단을 내릴 수 있을 정도의 합리적인 기간 동안 기다려야 할 필요가 있다.¹⁷⁷⁾

① 戰爭의 勃發

후발적인 사건으로 인하여 계약이 위법하게 되는 대표적인 것은 戰爭

담당했던 Diplock 판사는 계속 지속될 것으로 기대되었던 30개월 간의 정기 용선계약(17개월이 경과된 상태)이 정부의 징발에 의해 프러스트레이션이 성립되지 않는 것으로 판결되었다. 그 근거로써 사실상 정부의 징발기간은 3개월 동안만 지속되었으며, 선박에 대한 정부의 징발이 해제된 후 10개월 간의 용선계약은 유효한 상태로 존재하고 있었기 때문이었다.

175) G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 6th ed. (London : Stevens & Sons, 1983), p. 671.

176) *The Nema* (1982) A. C. 724 ; *The Wenjiang* (1982) 2 Lloyd's Rep. 211.

177) *Adrew Millar & Co., Ltd. v. Taylor & co., Ltd* (1916) 1 K. B. 402 ; 과자를 모로코로 수출하기 위한 매매계약이 1914년 7월에 매도인과 매수인간에 체결되었다. 계약서에는 인도기일에 대한 기간이 명시되어 있지 않았다. 그런데 제1차 세계대전의 발발에 의해 계약물건에 대한 수출이 금지되었으며, 그 금지조치는 15일 동안만 지속되고 그 후 철폐되었다. 이에 대해 본 사건을 담당했던 법원은 매도인이 동 계약을 파기시킬 수 있는 권리가 없는 것으로 판결하였다. 즉 과자의 수출금지조치는 계약을 종료시키지 않고 그 기간을 연장시켜줄 뿐이었다. 그러나 이러한 금지조치에 대하여 무한정의 기간 동안 기다릴 필요는 없으며, 계약이 합리적인 기간 내에도 이행될 수 없는 경우에만해서 해당 계약의 프러스트레이션이 성립될 수 있게 된다. 그런데 동 사건에서는 계약서에 인도기일이 명시되지 않았고 또한 정부의 금지조치가 계약물건의 인도를 위한 합리적인 기간이 도래하기 전에 철폐되었기 때문에 매도인은 계약을 위반한 것으로 본 사건을 담당했던 Warring 판사는 판결하였다.

의 勃發이다. 당사자들이 계약을 체결한 후 전쟁이 일어났다면 계약의 이행이 전쟁으로 인하여 불법이 되든가 또는 전쟁에 의한 간접적 영향을 받는 문제가 발생한다.

적과의 거래금지는 실정법 및 커먼로에 의하여 인정된다.¹⁷⁸⁾ 그러므로 계약체결시 전쟁의 경우에는 契約의 效力이 中止될 뿐이라고 明示的으로 約定하고 있어도 이것은 용납될 수 없으며, 그 계약은 戰爭의 勃發로 프러스트레이션이 성립되어 終了하게 된다.¹⁷⁹⁾

만약 전쟁이 발발함으로써 당사자 중의 일방이 적국의 국민이 되거나 또는 계약이 이행되어야 할 장소가 적국의 지배하에 들어간다면, 그 계약의 이행은 적과 거래를 하는 것이 되므로 불법으로 간주되어 소멸한다. 이것은 적국과의 거래금지라는 공익보호의 강한 요청에 의한 것이다.¹⁸⁰⁾ 반면에 계약시에 전쟁의 발발시 위법하게 된 이행방법이 아닌 적법한 대체적 이행방법을 사용하기로 약정하고 있으면 계약은 프러스트레이션에 의하여 종료하지 않는다.¹⁸¹⁾

물건을 인도하기로 한 항구가 적국의 것이든가 또는 적에 의하여 점령된 경우에는 계약은 종료한다.¹⁸²⁾ 이것도 역시 근거에는 전시에 적국경제에 도움을 줄 수 없다는 생각이 있는 것이다. 그러나 물건을 인도하기로 약정한 항구가 여러 개이고 그 중 한 곳에 적에 의하여 점령당한 경우에는 특히 점령당한 항구에서 인도해야 할 사정이 없는 경우에는 계약은 종료하지 않는다.¹⁸³⁾

또한 계약당사자의 소속국가 사이에 또는 계약당사자 중 일방의 국가와 제3국과의 사이에 전쟁의 발발이 있을 경우 그로 인해 간접적으로만 영향을 받고 계약의 이행이 전쟁에 의하여 법적으로 영향을 받지 아니할 때

178) A. G. Guest, op. cit., p. 261 ; 영국의 실정법으로는 Trading with the Enemy Act, 1939가 있다.

179) G. H. Treitel, op. cit., pp. 594~595.

180) Ertel Bieber & Co. v. Rio Tiesto Co. Ltd.(1918) A. C. 260.

181) A. G. Guest, op. cit., p. 261.

182) Fibrosa Splka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd .(1943) A. C. 32.

183) A. G. Guest, op. cit., p. 262.

는 프러스트레이션이 성립되지 않아 자동적으로 계약이 종료하지 않는다. 그러나 이 경우에 계약의 이행이 정부에 의하여 금지되었거나, 사정의 급변으로 계약의 本質的 事項이 결정적으로 변경되었을 경우에는 目的達成不能이 되어 프러스트레이션이 성립하게 된다.

② 政府의 輸出入禁止

양국 사이가 전쟁상태에는 돌입하지 않았으나, 정부가 국제정치경제의 사정상 긴급조치로서 수출금지를 한 경우에는, 이미 계약을 체결한 상품이라도 이 조치에 의하여 계약을 이행할 수 없는 사태가 발생하게 된다. 이 경우 계약은 프러스트레이션이 성립되어 자동적으로 종료된다.

그러나 政府의 禁止命令이 모든 契約을 다 不法的으로 만드는 것은 아니다. 경우에 따라서는 계약의 이행을 단순히 정지시키거나 연장하는데 지나지 않을 수 있다. 따라서 계약하는 당사자는 계약 속에 이행시기를 언제로 할 것인가 또는 언제까지 연장할 수 있는가 등에 관한 規制條件을 사전에 언급해 둠으로써 계약의 명확한 해석을 가능하게 할 수 있다. 정부의 금지조치가 규정된 이행기를 넘어 계속되는 경우에는 프러스트레이션이 성립되어 계약은 자동종료되는 것이 보통이다.

그러므로 정부의 금지조치가 계약의 전이행기간에 걸쳐서 유효한 때에만 契約目的達成不能을 성립시키는 사건으로 작용한다고 보아야 할 것이다. 다만 그러한 禁止措置가 臨時的으로 短期間 적용되는 경우, 계약의 이행이 가능하도록 일정기간을 허용한 경우에는 허용기간 중에 채무자가 최대한의 합리적인 노력을 다 하였음에도 금지조치로 말미암아 이를 이행할 수 없었다는 것을 입증하지 않는 한, 계약은 프러스트레이션의 성립으로 종료되지 않는다.¹⁸⁴⁾

184) Ross T. Symth & Co., Ltd v. W. N. Lindsay, Ltd. (1953) 1 W. L. R. 1280 ; 영국의 한 수입업자는 이탈리아의 한 수출업자와 「시실리아」 島の 항구로부터 C.I.F. Glasgow 선적조건으로 1951년 10월과 11월 등에 말머이로 쓸 잠두콩을 수입하기로 계약하였는데, 1951년 10월 20일 이탈리아 정부는 1951년 11월 1일부터 허가 없이는 수출을 금지한다고 발표하였다. 그런데 수출업자는 이 규정에 의한 프러스트레이션을 이유로 선적을 하지 않았는데, 영국의 수

③ 輸出入 許可, 其他 制限措置

수출과 수입은 자연히 각기 수출입자가 소속한 정부의 통제를 받게 되는 것인데 구체적으로 수출입 면허장이나 거래량할당제에 의한 정부의 제한조치가 프러스트레이션으로 인한 계약목적달성불능이 되는 경우가 있다.

당초 계약을 체결할 때는 가능하였던 것이 실제로 이행하려는 단계에서 그 계약된 상품에 대하여 정부가 부과하는 수출입 허가제 또는 거래량할당제로 인하여 면허장의 발급을 못 받았거나 또는 거래 할당량이 너무 소량이어서 계약이 조건대로 이행될 수 없는 경우에 프러스트레이션이 성립되는나 하는 문제에 대하여는 주장이 각기 다르다. 이러한 경우에는 계약상에 나타난 관련조항을 해석함으로써 결과를 판단할 수 밖에 없게 된다. 즉 관련조항의 유무 또는 표시된 의사의 명료성 여부가 프러스트레이션의 성립여부를 판단하는 기준이 된다.

가. 免許狀이나 去來割當量 등의 明示가 없는 경우

면허장이나 거래할당량의 획득에 실패하여 계약의 이행을 할 수 없게 되었을 때 면허장이나 거래할당량 등의 명시가 없는 경우에는 i) 면허장이나 거래할당량을 획득할 의무를 지니고 있는 당사자로서 계약시에 자신이 묵시적으로 그러한 조건에 구속받기를 의도하고 있었는지, ii) 단순히 면허장이나 거래할당량을 획득하는데 적당한 주의의무와 합리적인 조치만을 취하겠다는 의도인지의 추정문제가 발생하게 된다.

입업자는 계약을 이행할 수 있었다고 주장하면서 영국법원에 손해배상을 訴求하였다. 동법원은 「그 금지조치는 계약목적달성을 불능하게 하는 사건으로 작용한 것이 아니다. 그것은 다만 선적기간을 2개월에서 1개월로 단축한 것이며 또한 수출업자는 그 이태리법령이 발표된 후에도 아직 10일간이나 선적할 수 있는 시간적 여유를 가지고 있었다. 만약 그 수출금지조치가 여유를 주지 않고 즉각 시행되는 것이었다면 이는 목적달성불능사변으로 작용하였을 것이고, 그리고 만약 매도인이 나머지 10일 동안에는 아무리 노력하여도 선박을 이용할 수 없었다는 것을 입증할 수만 있다면 역시 목적달성불능의 경우가 됐을 것이다.」라고 판결하였다.

법률적 차원에서 먼저 일방당사자가 완전한 이행을 묵시적으로 약속한 것으로 추정되는 경우에는 면허장이나 거래할당량을 획득하는데 모든 적합한 주의를 하겠다고 담보한 것이 되며, 따라서 면허장이나 거래할당량을 획득하지 못함으로써 계약을 이행하지 못한 경우에는 계약위반이 된다.¹⁸⁵⁾ 그러나 그가 단순히 면허장이나 거래할당량을 획득하기 위하여 합리적 조치를 취하도록 노력하기로 약속한 것에 지나지 않다고 해석되면, 채무자가 모든 주의를 다하여 자신의 의무를 이행하였으나, 성공하지 못하였다는 사실을 입증할 수 있으면 그 계약은 프러스트레이션의 성립으로 종료된다. 즉 당사자가 이행하여야 할 계약상의 묵시적 조건에 대한 해석 여하에 따라 프러스트레이션에 의한 契約終了나 아니면 契約違反이나로 판단되며,¹⁸⁶⁾ 묵시적 조건으로 판단될 경우는 계약위반으로써 프러스트레이션 법리의 적용은 없다.

만약 당사자들이 계약 속에서 상인들 간에는 매우 널리 적용되고 있는 표현인 「...을 조건으로」라고 하는 문구를 사용하여 자신들의 권리나 의무의 성격이나 범위를 명시하여 두지 않았다면, 그러한 권리나 의무를 프러스트레이션의 성립과 연결시키는 것은 모호하므로 그런 경우에는 사건의 모든 주위사정을 고려하여 해석을 내리는 수밖에 없다.

이 점에 대하여 영국의 Delvin 판사는 「계약 속에 아무런 언급이 없을 때는 모든 적합한 주의를 다한다고 담보하기로 묵시한 것이라고 보는

185) Peter Cassidy Seed Co. Ltd. v. Osuustukkauppa I. L. (1957) I. W. L. R. 273 ; 핀란드의 어떤 상인은 영국의 수입상에게 다량의 개미알을 F.O.B. Helsinki로 합의하고 「수출면허장을 허가받는 즉시로 인도한다」고 조건을 명시하였다. 그 후 수출상은 수출면허장을 허가받을 수 없었는데, 모든 적합한 주의를 다 하였음에도 핀란드 개미알 수출업자조합의 조합원이 아니었기 때문에 선적을 할 수도 없었다. 이에 대하여 법원은 「...하자 마자」란 문구는 「...을 조건으로」라는 문구와는 동일한 것이 아니며, 따라서 수출상은 수출면허장을 더 일찍이 또는 그 뒤에 획득하기로 절대적 약속을 한 것이 되므로 계약위반에 대한 책임이 있다고 수출상의 계약위반판결을 내렸다.

186) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, 5th ed. (London : Stevens & Sons, 1969), pp. 99~100.

것이 타당하다」고 판시한 바 있다.¹⁸⁷⁾ 반면, 이 판결문 중의 소수의견서에는 다음과 같은 정반대 의견이 반영되어 있다. 즉, 그 반대의사에 따르면 수출업자들이 「...을 조건으로」라는 문구를 많이 사용하고 있음을 볼 때, 그러한 문구가 없을 때 법정이 그 채무자의 약속을 절대적 담보인 것으로 판시한다는 것은 상당한 위험을 수반하는 것이라고 하였다.

이와 관련하여 U.C.C.는 매도인의 더 큰 채무의 인수를 제외한 후발적 사건으로 인한 이행불능의 경우에는 매도인은 이행 가능한 능력의 한도 안에서만 이행의무를 다하면 전반적 또는 부분적 인도지연이나 인도불이행은 계약위반이 되지 않는다는 취지를 규정하고 있다. 그러나 매도인은 이러한 경우 인도지연이나 인도불이행이 있게 된다는 것과 매수인을 위하여 가능한 거래할당량을 추정하여 언제 배분이 필요한지를 매수인에게 적절한 기회에 통지하도록 규정하고 있다.¹⁸⁸⁾

나. 免許狀이나 去來割當量 등의 明示가 있는 경우

이러한 조항을 계약에 명시하였을 경우, 수출업자는 완전하지는 않더라도 불의의 사태에서 자신을 보호할 수 있다. 채무자가 i) 최선의 주의와 모든 합리적인 조치를 다 취하였음에도 면허장을 얻지 못한 경우, ii) 정부의 명령으로 이행을 할 수 없는 경우, iii) 합리적으로 판단할 때 예견할 수 있었다면 수락할 수 없었을 금지조치가 정부에 의하여 취해진 경우에는, 채무자는 이러나 사정 하에서는 그렇게 밖에 할 수 없었다는 사실을 입증하면, 프러스트레이션이 성립되어 계약목적물을 인도할 의무는 면제된다.

만약 위의 경우에 채무자가 면허장취득의 어려움을 짐작하여 면허장을 얻는데 소극적으로 행동하고 아무런 노력도 하지 않았다면, 책임은 채무자 자신이 부담해야 한다.

물건의 수출입을 규제하는 정부의 요구조건을 준수하기 위하여 협력할 의무는 당사자들이 거래의 이행을 확실하게 하기 위하여 합리적으로 협력하여야 한다는 것을 의미하며, 이러한 의무는 모든 계약상 일반적인

187) Peter Cassidy seed Co., Ltd. v. Osuustukkukauppa I. L. (1957) 1 W. L. R. 273.

188) U.C.C. §2-615.

목시적 조건으로서 매도인이나 매수인에게 똑같이 부과되는 것이다.¹⁸⁹⁾

2) 契約目的의 達成不能

(1) 概念

계약체결 후 예견하지 못한 사정의 변경으로 당초의 계약내용에 당사자를 구속시키는 것이 극히 가혹할 경우 계약은 종료되며, 당사자는 이행불능으로 면책된다. 즉 계약을 체결한 후 갑작스런 사정의 변경으로 계약의 기초가 사라진 경우나 계약체결 당시 당사자가 의도한 것과는 전혀 다른 새로운 계약이 되는 경우 프러스트레이션은 성립된다. 이는 애초에 당사자가 의도한 것과는 다르게 이행하는 것은 당사자의 의사에 반하는 것이라는 데 연유한다.¹⁹⁰⁾

따라서 契約目的達成不能이란 계약이 체결된 이후에 급격한 사정의 변경으로 계약을 무효화시킨다거나 또는 이행을 할 수 있다 하더라도 당사자가 원래 의도했던 계약과는 다른 새로운 계약을 이행하는 결과가 되는 경우를 말하는 것으로 계약목적의 달성불능의 요건을 구비하면 그 계약은 프러스트레이션의 성립으로 인하여 자동종료된다.

그러나 후발적인 사건에 의한 주변사정의 본질적 변화에 의한 프러스트레이션의 성립여부는 사정의 본질적 변화에 관한 명확한 기준설정이 불

189) Kyprianou v. Cyprus. Textiles, Ltd. (1958) 2 Lloyd's Rep. 60 ; 판례를 보면 영국의 수입상이 시리아로부터 면화씨앗을 구매하기로 하였는데, 시리아의 수출상은 수출면허장을 얻기 위하여 수입상에게 시리아는 이스라엘과의 통상정지명령을 내리고 있었으므로 이 물건을 영국에서 수입하여 이스라엘에 재수출하지 않을 것이라는 확약서를 보내줄 것을 요청하였었는데, 영국의 수입상은 이 확약서를 송부하지 않았다. 따라서 시리아의 수출상은 수출면허장을 얻지 못하여 결국은 계약물건을 선적할 수 없었다. 이에 대하여 수입상은 수출상에 대한 손해배상을 청구하는 소송을 영국법원에 제기하였으나, 동 법원은 수입상자신이 수출상에게 필요한 자료를 제공함으로써 수출면허장을 얻는데 협력하지 않았기 때문에, 수출상의 계약불이행에 대한 손해배상을 청구한 소송을 기각하였다.

190) 임홍근, “貿易契約의 不履行과 履行不能”, 관세 (한국관세협회, 1973. 1.), 40 쪽.

가능하기 때문에 복잡한 문제를 야기한다. 즉 계약목적물의 멸실 또는 후발적 위법으로 인한 계약이행이 물리적·법적인 불능인 경우 프러스트레이션의 성립여부의 판단은 비교적 용이하다. 그러나 여전히 명목상으로 계약이행이 가능한 경우 본질적으로 상이한 사정의 발생여부를 결정하는 것은 상당히 어려운 문제이다.¹⁹¹⁾

따라서 사정의 본질적 변화여부에 의한 프러스트레이션의 성립여부는 사실상의 문제로 귀착될 수 밖에 없기 때문에, 사정의 본질적 변화에 의한 프러스트레이션의 성립문제는 계약의 엄밀한 해석과 계약의 주변사정 등이 충분히 고려한 후 결정하여야 한다.¹⁹²⁾ 결국 계약목적물의 멸실이나 후발적 위법도 주변사정의 본질적 변화에 포함되는 것이나, 주변사정의 본질적 변화라는 항목으로 프러스트레이션의 성립여부를 판단하려 하는 것은 그 밖에 프러스트레이션이 성립되는 경우를 포괄적으로 이 범주 안에 포함시키려는 의도로 보아진다.¹⁹³⁾

191) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, 9th ed. (London : Stevens & Sons, 1990), pp. 189~200.

192) F. A. Tamplin SS Co., Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd. (1916) 2 A. C. 397. 사건에서 Earl Loreburn 판사는 다음과 같이 판결하였다. “법원은 면책권을 가지고 있지는 않지만, 법원은 계약서에 명시되어 있지 않은 조건이 양 당사자들이 체결한 계약의 기초가 되는 여건과 환경을 근거로 면책의 여부를 추론할 수는 있다.” 이 주장은 Radcliffe 판사가 Davis contractors Ltd. v. Fareham UDC 사건에서 인용하면서 “프러스트레이션의 법적 효과는 당사자들의 의도나 당사자들의 견해 또는 해당 사건에 대한 당사자들의 지식에 의존하는 것이 아니다. 어느 한 당사자의 과실없이 계약이행이 요구되고 있는 상황들이 원 계약에 의해 이루어져야 하는 것과 근본적으로 다른 것으로 변화시켰기 때문에 계약의 이행이 불가능해진 것으로 인정될 때, 비로소 프러스트레이션이 성립되는 것이다. 어떤 고난이나 불편함 또는 물리적 손상만으로는 프러스트레이션 법리가 적용되지 못한다.”라고 판시하기도 하였다. 따라서 계약체결 후 계약의 이행이 더욱 어렵게 되었다거나 이익이 현저히 줄어들었다는 이유만으로 계약당사자의 이행의무가 면제되지는 않는 것이다 ; H. G. Beale, W. D. Bishop & M. P. Furmston, op. cit., p. 289.

(2) 事例

① 事情의 顯著한 變更

사정의 현저한 변경이란 것은 계약의 체결 후 이행기가 도래하기 전에 예기치 않은 사건이 발생함으로써 당사자가 계약의 체결 당시에 이러한 상황을 예측했다면 애초에 계약이 성립되지 않았을 거라고 인정할 만한 정도로 그 계약의무의 이행에 대해 근본적으로 영향을 미치는 것을 말한다.¹⁹⁴⁾ 즉 사정이 너무나 예상 외로 변해 i) 계약의 명시내용을 합리적으로 해석해 볼 때, ii) 계약상 필요한 묵시적 내용을 합리적으로 해석해 볼 때, iii) 주위상황에 비추어 볼 때에 계약의 기초가 상실되어 만일 계약이 유효하더라도 그것은 당사자가 원래 체결한 것과는 다른 새로운 계약으로 된다는 결론에 도달할 경우에는 프러스트레이션이 성립되어 계약은 종료하는 것이다.¹⁹⁵⁾

주변사정의 현저한 변화로 인한 프러스트레이션에는 위에서 살펴본 후발적 이행불능의 사유인 ① 계약상 계약이행수단이 약정된 경우, 그러한 특정수단의 이용불능, ② 계약당사자의 사망 또는 중병,¹⁹⁶⁾ ③ 농산물 등의 흉작 또는 불작황, ④ 주요 공급원의 예기치 못한 폐쇄(심각한 원자재 부족 포함) 등을 예로 들 수 있다.

그 외에도 계약체결 후의 예상치 않은 생산가격의 등귀, 원자재의 품귀현상, 비용의 증가 등은 그대로 프러스트레이션 법리가 적용되진 못하나, 이러한 사정들이 본질적으로 계약의 이행을 어렵게 할 만큼 비중이 크다면 프러스트레이션의 성립을 인정할 수 있다.¹⁹⁷⁾

193) 李鎔根, “貿易契約上 Frustration의 法理에 관한 研究”, 국제경영논총 14 (중앙대학교 국제경영대학원, 1997), 26쪽.

194) Per Lord Seller in the Tsakiroglou case (1960) 2 A. B. 348, 362. ; Harold J. Berman, "Excuse for Nonperformance in the Light of Contract practices in International Trade", *Columbia Law Review*, Vol.1413 (1963), p. 142.

195) Clive M. Schmitthoff. *Legal Aspects of Export Sales*, 3th ed. (London : The Institute of Export, 1978), p. 114.

196) Cutter v. Powell (1795) 6 T. R. 320 ; Whincup v. Hughes (1871) 6 C. ; Condor v. The Barron Knights Ltd. (1966) 1 W. L. R. 87.

이러한 ‘사정의 현저한 변화’의 요건은 프러스트레이션의 성립요건에 있어 가장 어려운 경우에 속하는데 이에 관한 대표적인 판례로서 상황은 유사했음에도 전혀 다른 결론을 이끌어 내었던 두 사건을 살펴보기로 한다.

Carapanoyoti & Co. Ltd. v. E. T. Green 사건¹⁹⁸⁾에서 1956년 9월 6일에 C.I.F. Belfast 조건으로 목화씨로 만든 깻묵(Cottonseed cake)에 대한 매매계약이 체결되었다. 선적조건은 10월과 11월 중에 이루어지는 것으로 하고 그 장소는 Sudan으로 되어 있었다. 계약서상에 특정항로의 명시가 없었으므로 상관습으로 보아 통상항로를 이용해야 하는데¹⁹⁹⁾, 계약체결 당시의 통상항로는 수에즈 운하를 경유하는 항로였다. 그런데 계약이 체결된 후에 항로가 폐쇄되어 매도인이 선적을 하지 않아 계약위반으로 被訴되었던 것인데 재판부는 이러한 매도인의 행위는 정당하다고 판시하였다.

그 판결요지는 계약서상엔 명시적이든 묵시적이든 관습적인 방법으로 이행되어야 한다고 규정하고 있는 것으로 인정되는 바, 이행기에 바로 그 방법이 불가능하게 된 것이므로 계약은 프러스트레이션이 성립한다는 것이다. 사건을 담당한 McCardie 판사의 견해는 이행시점에서의 이용가능한

197) British Movietonews v. London & District Cinemas (1952) A. C. 166, 185.

; 이 사건에서 Simon 판사는 「未履行의 계약 당사자들은 계약을 이행하는 과정에서 전혀 예기치 못했던 事變 즉 터무니없는 가격의 登落, 外換市勢의 急落, 이행에 대한 고려할 수 없었던 장애 또는 이와 유사한 사태에 종종 직면한다. 그러나 그것 자체만으로는 당사자들이 체결한 계약에 영향을 미치는 것은 아니다. 이에 반하여 주변상황을 보아 계약체결당시에 존재한 계약의 내용상 不意로 나타난 근본적으로 상이한 사태가 발생하면 당사자는 이에 구속되지 않기로 합의한 것이 드러날 때에 계약은 그 시점에서 구속력을 상실하는데 그것은 법원이 그 재량으로 계약내용의 변경을 適正妥當하다고 보기 때문이 아니라 계약내용의 엄밀한 해석상 그러한 경우에는 적용되지 않기 때문이다」라고 말했다; Clive M. Schmitthoff, *Legal Aspects of Export Sales*, p. 60.

198) (1959) 1 Q. B. 131, 148.

199) C.I.F. 계약에선 계약상 운송에 관해 특별히 규정하지 않은 경우 매도인은 계약상품이 통상 운송되는 형태의 운송계약을 체결해야 한다.

항로가 계약당시 예상된 비용보다 더 비싸게 된 것이 계약체결시의 당사자의 의도와 전혀 다른 것이 되게 한다는 점에서 프러스트레이션 인정의 이유를 보이고 있다.²⁰⁰⁾

그러나 이러한 근거는 3년 후 Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl G. m. b. H.²⁰¹⁾ 사건에서 분명하게 번복되었다. C.I.F. Hamburg 조건으로 Sudan產 땅콩에 대한 매매계약이 Tsakiroglou사와 Noble사 간에 체결되었다. 선적조건은 1956년 11, 12월에 하기로 했고 계약서에는 수출금지, 항구봉쇄, 전쟁 등의 불가항력적인 사태가 발생하는 경우엔 2개월까지 선적의 연장도 가능하였으며, 만일 이후에도 그러한 조치들이 계속되는 경우엔 계약은 취소되는 것으로 한다는 ‘불가항력조항’도 있었다.

이런 상황 하에서 1956년 11월 2일에 수에즈 운하가 봉쇄되어 선적금지되었고 동 조치는 1957년 4월 9일까지 계속되었다. 이에 매도인이 선적을 하지 않자 매수인이 계약위반으로 제소한 것인데 법원은 수에즈운하의 봉쇄로 희망봉(Cape of Good Hope)으로 우회하는 항로가 2배 이상의 시간과 비용이 소요된다 할지라도 이러한 이행방법의 차이가 계약의 본질을 바꿔놓는 것은 아니라 하여 매도인 敗訴判定을 내렸다.²⁰²⁾

만일 계약물건이 부패되기 쉬운 물건이었다거나 인도기일이 계약서에 명시되어 있었다거나 수단항으로부터 유럽으로 물건을 운송할 선박의 부

200) 許殷淑, “國際貿易契約에서의 Frustration에 관한 研究”, 西江大學校 大學院 商學碩士學位論文 (1987), 75쪽.

201) Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl G. m. b. H. (1962) A.C. 93 ; Andreas F. Lowenfeld, *International Private Trade*, Vol.1, 2nd ed. (New York : Matthew Bender, 1977) pp. 54~64.

202) 왜냐하면 계약의 체결시와 이행기 사이에 환율변동이나 기타의 이유에 의해 비용이 증가하게 될 위험은 C.I.F.계약자체의 본질상 당연히 매도인이 감수해야 할 위험이기 때문이다. 이외에도 이 판결에서 계약의 프러스트레이션이 부인된 또 다른 이유로서는 계약당시 수에즈운하에 대하여 어떠한 조치가 있으리라는 것이 예상된 점도 고려되었다. 또한 이 사건에서의 물건은 땅콩이었기 때문에 시일이 지연되더라도 별 지장이 없다는 점 역시 강조되고 있다. 이는 바꾸어 말해서 만일 腐敗性物品이었거나 기타 신속한 수송을 요하는 계절상품이었다면 판정결과가 달라졌을 가능성도 배제할 수 없다.

족이 있었다면, 동 계약은 프러스트레이션이 성립될 수도 있었을 것으로 유추될 수 있을 뿐이다.

② 契約目的의 達成不能

계약목적의 달성불능은 이행이 가능하면서, 즉 비실제적이지 않음에도 불구하고 계약이 종료하는 경우이다. 이것은 현실적으로 계약내용의 이행에는 외관상 아무런 문제가 없는 경우로, 이행의 비실제성과 계약목적의 달성불능의 유사점을 찾을 수 있다. 즉 이행이 엄격한 의미에서 불능이 되지는 않았다는 점이다. 그러나 비실제성은 물건, 용역 기타 시설의 공급자가 그 약속의 이행이 불능 또는 너무 무거운 부담이 될 때 주장하게 되는 반면에, 계약목적의 달성불능은 물건, 용역 또는 시설의 수령인이 후발적 사고로 인하여 그에 대한 상대방의 이행이 계약목적상 가치가 없게 되어 이것을 수령할 수 없고, 그 대금을 지불하지 않고자 할 경우에 주장하게 된다는 점에서 서로 상반되는 차이점을 가진다.²⁰³⁾

계약목적의 달성불능의 경우는 현실적으로 이행은 가능하면서도 계약이 종료되는 경우이기 때문에 그 적용이 더욱 어렵다. 이와 같이 계약목적의 달성불능에 의하여 계약이 종료하는 경우는 사실상 계약의 해석에 가깝게 되는 것이다.²⁰⁴⁾

계약목적의 달성불능의 요건으로는 첫째, 계약목적은 양당사자에 공통적인 것이어야 한다.²⁰⁵⁾ 즉 단순히 당사자 일방이 그 계약 체결시 가진 개인적 이익이나 목적은 이에 해당하지 않는다.²⁰⁶⁾ 즉 일방 당사자의 계약목적달성인 경우는 프러스트레이션이 성립되지 않는다.²⁰⁷⁾²⁰⁸⁾ 둘째, 계약목

203) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 559.

204) G. H. Treitel, op. cit., p. 592.

205) Krell v. Henrykrjs (1903) 2 K. B. ; 대관식사건의 하나로 법원은 계약에는 대관식행렬을 구경하기 위한 것이라는 목적이 명시되지는 않았으나, 그러한 목적은 주위사정으로 보아 양당사자에게 명백하면서도 임차인이 계약을 체결한 유일한 목적인데 그 목적이 달성될 수 없게 되었으므로 계약은 종료한다고 하였다. 이 판결이 임차인의 목적을 양당사자에 공통적이라고 인정한다는 借賃이 대단히 비쌌다고 하는 점, 그곳의 주택은 보통 하루씩 임대되지 않는다고 하는 점 등이 고려되었다.

206) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 559.

적의 달성불능은 본질적 혹은 전체적이어야 한다.²⁰⁹⁾ 완전하게 계약목적달

207) Blackburn Bobbin Company Ltd. v. TW Allen & Son Ltd. (1918) 2 K. B. 467 ; 목재 1개당 10 pound, 15 shilling의 가격으로 핀란드産 자작나무 목재 70개를 매도인인 피고가 매수인인 원고에게 판매하는 내용의 계약이 체결되었다. 전쟁이 발생되기 이전에는 핀란드의 항구에서 영국의 항구로 직접 해상운송하기 위해 선박에 목재를 선적하는 것이 그 당시의 통상적인 관습이었으며, 스칸디나비아로 철도운송수단을 통해 운반된 후 스칸디나비아 항구에서 영국으로 해상운송수단을 통해 운반되는 것은 그 당시의 통상적인 관습이 아니었다. 전쟁이 발생되었을 때 독일은 목재운송에 대한 금지령을 내렸으나, 이 금지령은 선포되기 이전에도 핀란드 항으로부터의 항해는 완전히 금지되어 있었다. 따라서 핀란드 산 자작나무를 공급할 수 있는 정상적이고 통상적인 수단은 이미 종료된 상태였다. 이 사건에 대해 McCardie 판사의 판결에 대한 상고심을 맡았던 Pikford 판사는 “이 사건에 대해 프러스트레이션 법리가 적용되지 못한다고 언급한 McCardie 판사의 판결은 옳았다는 것이 본인의 견해이다. 원고는 계약체결당시 핀란드 産 목재가 핀란드 항으로부터 직접 선적되고 있었던 상황을 알지 못했으며, 또한 원고측은 부분적으로 스칸디나비아를 통해 철도로 운송되는 것인지, 아닌지의 여부도 알지 못했고, 목재상인들이 핀란드 産 자작나무 목재의 재고를 보유하고 있지 않았다는 사실도 원고는 알지 못하고 있었다는 사실을 McCardie 판사는 발견하였다. 본인도 사실상 이 목재를 운송하는 수단이 원고측에게 알려져 있지 않았었다는 사실에 동의한다. 불특정물에 대한 국제물건매매계약의 경우 매수인이 매도인측에게 계약을 이행하기 위해 의도했던 수단들에 대해 관심을 기울여야 하는가? 본인은 핀란드로부터 목재를 운송하는 정상적인 수단의 계속적인 존재가 양 당사자들이 예기한 계약이행을 위해 필요한 중요한 문제였다고 주장하는 것에 대한 근거를 찾아볼 수 없다.”라고 판시하였다.

208) (1977) 1 W. L. R. 164 ; 재개발을 목적으로 소유권을 인수하는 조건의 계약이 체결되었는데, 계약체결 후 그 지역에 있는 건축물들이 특별한 건축물상의 또는 역사적 의미의 보호구역대상으로 정부에 의해 지정되었다. 그리하여 그러한 재개발은 더욱 어렵게 되거나 불가능하게 되었고, 그 소유권은 대부분의 가치를 상실하게 되었다. 이 사건에 대해 법원은 동 계약의 프러스트레이션이 성립되지 않은 것으로 판결하였다. 이러한 판결에 대한 근거는 재개발의 목적이 매수인만의 의도에 해당되는 것이기 때문이었다.

성불능이 되어야 하며 단지 계약목적의 달성에 제한적인 경우는 프러스트레이션이 성립되지 않는다.²¹⁰⁾ 셋째, 주된 목적이 달성불능 될 것이 요구된다. 따라서 단지 당사자 일방이 내심으로 이 목적이 없다면 계약을 체결하지 않을 것이라는 것만으로는 부족하고, 이 목적이 계약의 기초를 이루고 이 목적이 없다면 거래를 하는 것이 무의미하다고 할 수 있어야 한다.²¹¹⁾ 넷째, 다른 프러스트레이션의 성립 시처럼 당사자의 위험인수나 과실이 없을 것을 요구한다.

III. 歸責事由不在

1. 概念

당사자는 자신의 작위 또는 부작위에 의하여 또는 자신이 초래한 프러

209) Restatement, Contract(2d), §265 ; Emanuel Steven and Knowles Steven, op. cit., p. 367.

210) Lloyd v. Murphy(1944) 153 P. 2d 47 ; 사건에서 피고가 1941년 8월 원고의 부동산을 임차하여 자동차 중매 및 주유소를 운영하기로 하였다. 그런데 계약직후 미국은 제2차 세계대전에 참전하게 되고 정부는 자동차의 매매를 극도로 제한하였다. 원고는 피고가 임차한 부동산을 당초의 목적과는 다른 용도에 사용할 수 있도록 임대조건을 포기하였으나, 피고는 다른 용도로의 轉用을 거부하고 계약목적달성불능으로 인한 계약의 종료를 주장하였다. 법원은 피고의 프러스트레이션으로 인한 계약종료항변을 부인하였다. 즉 당사자들은 계약당시 미국이 전쟁에 참여하고, 그 결과 자동차의 매매가 제한되리라는 것을 충분히 예측할 수 있었으며, 또한 피고의 자동차 매매라는 주목적은 실질적으로 완전히 좌절된 것이 아니고 단지 행정명령에 의하여 제한된 것뿐이며, 또한 피고는 임차한 부동산을 다른 합리적인 목적에 사용할 수도 있기 때문에 피고의 임차목적이 완전히 좌절되었다고 할 수 없다고 하였다. 그 당시 미국에서는 이와 같은 사건이 많이 발생하였다. 예를 들면 Wood v. bartolino (1944) 48 N. M. 175, 146 P. 2d 883(주유소 사건), Colonial Operating Corp. v. Hannan Sales & Service Inc. (1943) 265 App. Div. 411, 39 N. Y. S. 2d 217(자동차 중매인 사건) 등이다.

211) Restatement, Contract(2d), §265(a).

스트레이션(Self-induced Frustration)에 의하여 계약의 종료를 주장할 수 없다.²¹²⁾ 후발적 이행불능은 당사자의 귀책사유 없이 발생하여야만 프러스트레이션을 성립시킬 수 있다. 즉 후발적 사건이 당사자의 자의적인 행위나 태만에 기인하지 않았어야 한다.²¹³⁾ 그러나 미국의 경우는 U.C.C.나 주석계약법²¹⁴⁾은 이를 요구하지 않는다.

2. 事例

예를 들면, 정부가 외국인과 특정물건의 수출계약을 체결한 후 스스로 그 물건의 수출을 금지하는 조치를 취한 경우에는 계약당사자로서 그 정부는 프러스트레이션에 의한 계약종료를 주장할 수 없다.²¹⁵⁾ 또한 관계관청의 허가를 얻어야 이행이 가능한 계약에 있어서는 그 허가를 얻어야 할 당사자는 不許를 이유로 계약의 종료를 주장할 수 없다.²¹⁶⁾ 이 경우 당사자가 스스로 프러스트레이션을 자초함으로써 부분적 프러스트레이션이 발생한 경우의 처리방법은 계약상 당사자에게 계약의 여러 가지 이행방법 중 택일하여 계약의 이행을 요구할 수 있으며 프러스트레이션에 의한 계약의 종료는 인정되지 않는다.

이에 대한 판례로 Maritime national Fish, Ltd. v. Ocean Trawlers, Ltd. 사건²¹⁷⁾에서 원고는 피고로부터 증기트롤선 한 척을 용선하였는데, 이 선박은 트롤망이라는 漁具 없이는 漁勞作業을 할 수 없는 것이었으며, 이 어구의 사용에는 캐나다 정부의 허가가 필요하였다. 계약당시 양당사자는 이 사항을 잘 알고 있었다. 몇 달 뒤 피고는 원고가 용선한 선박을 포함하여 소유한 5척의 선박에 사용허가를 신청하였다. 캐나다정부는 그 가운

212) U.C.C. §§1-102(3), 1-203, and 2-302 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 599.

213) Joseph Constantine SS Line Ltd. v. Imperial Smelting Corp. Ltd. (1942) A.C. 154 ; The Eugenia (1964) 2 A.B. 226.

214) 계약체결 후 발생한 사건으로 인하여 이행이 비실제적으로 되었거나, 계약의 주된 목적이 좌절되었을 것을 주석계약법 261조와 265조에서 규정하고 있을 뿐이다.

215) Prodexport v. E. D. & F. Man Ltd. (1973) 1 All E. R. 355.

216) Malik v. C. E. T. A. (1974) 2 Lloyd's Rep.

217) (1935) A. C. 524 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 600.

데 3척만을 허가를 하겠다고 한 뒤 피고에게 선박을 지정할 것을 요청하였다. 피고는 원고가 용선한 선박을 제외한 3척을 지정하고 원고에게는 계약 목적좌절로 인한 계약소멸을 주장하였다. 이에 대하여 법원은 계약이행의 불능이 피고 자신의 행위에 의한 결과이므로 계약은 종료하지 않는다고 하였다.

第2節 航海傭船契約上 프러스트레이션의 成立要件

용선계약이 종료되는 경우는 i) 同意에 의한 終了, ii) 完全한 履行에 의한 終了, iii) 契約違反으로 인한 終了, iv) 프러스트레이션에 의한 終了 등으로 구분할 수 있다. 항해용선계약의 경우도 정기용선계약과 마찬가지로 프러스트레이션이 성립되면 계약이 자동적으로 종료되고, 계약당사자들의 의무가 장래에 향하여 면제된다.

용선계약에 있어서 프러스트레이션의 성립여부를 판단하는 것은 사실문제와 법률문제가 혼합된 것으로 볼 수 있다.²¹⁸⁾ 예를 들면 프러스트레이션 법리의 적용은 법률문제인 반면, 프러스트레이션을 구성하기에 충분한 지연기간의 산정은 사실문제라는 견해²¹⁹⁾도 있고, 또 이 법리의 적용을 정당화시키는 상황의 묘사, 다시 말해 특정한 경우에 이러한 상황이 존재하느냐 않느냐의 결정은 법률문제라고 하는 견해²²⁰⁾도 있다. 결국 지연이 계약을 프러스트레이션 시키는지의 문제는 법률문제이지만, 얼마동안의 지연이 프러스트레이션을 야기시키는데 충분하냐 하는 문제는 사실문제가

218) National Carriers v. Panalpina (1981) A.C. 675.

219) Universal Cargo Carriers v. Citati(1957) 1 Lloyd's Rep. 174 사건에서 Devlin, J.는 다음과 같이 말했다. “프러스트레이션 법리의 적용이 법률문제인 반면에, 프러스트레이션을 구성하기에 충분한 지연기간의 판단은 하나의 사실문제이다.”

220) The Angelia (1972) 2 Lloyd's Rep. 154. 사건에서 Kerr, J.는 “규칙과 결과적으로 하나의 특별한 사건에서 그러한 상황들이 존재하는지 어떤지의 결정의 적용을 정당화하는 상황들의 묘사는... 필연적으로 법률문제이다.”라고 말했다.

되는 것이다. 따라서 지연 또는 특정사건에서 경험된 형태의 지연이 계약을 프러스트레이션 할 수 있는지 여부의 문제는 하나의 법적 문제이다. 그러나 지연이 프러스트레이션을 야기하기에 충분한 것인지 여부에 관한 문제는 하나의 사실문제이다.

이하에서는 이러한 航海傭船契約상의 프러스트레이션 成立要件을 英美法上の 一般的 成立要件을 기초로 하여 보다 具體的으로 살펴보고자 한다.

I. 豫測하지 못한 事件의 發生

상술한 바와 같이 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 계약당사자가 계약체결시에 예측하지 못한 사건의 발생으로 후발적 이행불능이 되어야 한다는 것이다. 즉, 항해용선계약은 계약 당사자 어느 쪽의 지배에도 있지 않는 예측하지 못한 외부적 요인의 결과로써, 용선을 제공하는 商業目的인 航海의 達成이 불능이 된 경우에는 프러스트레이션 법리가 적용되어 용선계약이 종료된다.

이러한 불능은 準據法 또는 履行에 관한 법 아래에서 물리적 장애나 후발적 위법성 둘 중 하나에 의해서 이행을 방해하는 경우에 발생할 수도 있고, 대신에 “이행이 요구되었던 상황들이 그 계약에 의해서 보증되었던 것과는 근본적으로 다르게 만들 것이다”라는 것이 계약에 규정되어 있는 경우에는 당사자들에 의해서 예상되었던 것과는 다른 근본적인 상황의 변화가 있을 때 불능이 발생할 수도 있다.²²¹⁾

II. 後發的 履行不能

1. 履行의 物理的 不能

1) 船舶의 滅失 및 損傷

용선계약이 지정된 선박에 대한 것이었고, 그 선박이 완전히 멸실되어

221) Davis v. Fareham U.D.C. (1956) A.C. 696.

진 경우 용선계약은 프러스트레이션 된다. 그러나 선박소유자에 의해서 지정될 수 있는 선박이 모두 멸실되지 않는 한, 선박소유자가 많은 선박들 중의 하나를 지정하여 항해가 이행될 수 있는 경우에는 프러스트레이션은 성립하지 않는다. 비록 선박소유자의 다른 계약상의 채무들이 다른 계약을 파기하지 않고는 선박소유자가 용선계약을 이행하는 것이 불가능하게 만들지라도²²²⁾, 동등하게 대체 또는 환적에 대한 권리가 존재하고 그것이 유효하게 실행되어지는 경우에는 계약의 프러스트레이션은 무효가 된다.²²³⁾

즉 선박 또는 목적물 멸실로 인한 프러스트레이션의 성립이라도 다른 대안이 존재하는 경우에는 프러스트레이션이 인정되지 않는다.

선박 멸실 뿐만 아니라 선박이 손상된 경우에도 프러스트레이션이 성립하는 경우가 있다. 위험한 상태에서 용선계약의 운임을 더하여, 항해를 이행하기 위하여 필요한 수리비용이 수리된 선박의 가치보다 더 큰 경우가 그것에 해당한다.²²⁴⁾ 또한 비용과는 별개로, 수리를 끝내는데 필요한 시간이 지연되는 경우에도 용선계약이 프러스트레이션에 의해 종료된다. 다른 경우에는 선박소유자가 수리를 달성하고 항해를 이행할 의무를 지닌다. 선박을 수리하는데 드는 시간과 비용을 평가하여 프러스트레이션의 성립 여부를 판단할 시에는 관련된 항해를 달성하는데 필요한 수리인지, 수리에 드는 비용과 시간이 적합한지를 고려해야 하는 것이다.²²⁵⁾

2) 船舶의 引渡遲延

선박이 선박소유자의 통제 밖의 어떤 부가적인 사건에 의해서 항해가 지연되어졌고, 그 지연이 계약이 예상했던 이행과 완전히 다르게 될 만큼 충분히 길었다면 용선계약은 프러스트레이션 된다. 이러한 결론은 시간을 엄수하여 예비항해를 시작해야 하는 묵시적 의무에 영향을 받지 않는다. 그럼에도 불구하고 계약이 프러스트레이션이 되는데 요구되는 것보다 짧

222) *The Super Servant Two* (1990) 1 Lloyd's Rep. 1.

223) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, *Voyage Charters* (London : Lloyd's of London Press Inc., 1993), p. 470.

224) *Assicurazione Generali v. The SS. Bessie Morris Co.* (1892) 1 Q. B. 571 ; *Carras v. London & Scottish Assurance* (1936) 1 K. 291.

225) *Kulukundis v. Norwich Union Fire Insurance* (1937) 1 K.B. 1.

은 지연의 경우에는 규정된 예외조항에 의해 면제되지 않는 한, 지연에 의해 발생한 손실에 대하여 선박소유자가 손해배상책임을 부담해야 한다. 몇몇 사례의 경우 사실에 대한 적절한 결론은 프러스트레이션이 성립된 사건이 예비항해를 개시할 때 선박소유자의 기소할 수 있는 지연에 의해서 일어났을 경우 프러스트레이션은 스스로 자초된 결과로 인한 것이다. 그러나 이것이 그러한 경우에만 적용되는 일반적인 것은 아니다. 프러스트레이션을 발생시키는데 필요한 지연의 길이는 상황에 따라 달라진다.²²⁶⁾

Jackson v. Union Marine Insurance 사건은 Liverpool에서 San Francisco까지 운송하려는 철 레일 화물을 선적하기 위해 Newport까지 가도록 용선계약이 체결되었다. 선박은 1월에 Liverpool에서 항해를 시작하였으나, Cardigan灣에서 좌초되어 선박은 2월에 인양되었다. 그러나 8월이 되어서야 수리가 행해졌고 항해를 수행하는데 알맞게 되었다. 그러는 동안에 용선자는 철도 건설에 필요한 레일들을 운송하기 위해 다른 선박을 사용하였고, 선박이 수리된 후 Newport항에 도착하였을 때 용선자는 선적을 거절하였다. 이에 법원은 화물 운송 정책에 따라서 선박소유자가 제소한 사건에서 용선자는 거부할 권리가 있다고 판결했다. 그 용선계약은 확정된 항해 또는 운송에 대한 용선계약으로써 이행되어졌어야 하며, 가장 중요한 요인은 선박이 선적항에 선적을 위하여 제 시간에 도착해야만 한다는 것이다.

용선계약서상의 取消約款의 存在는 프러스트레이션의 가능성을 배제하지 않으나,²²⁷⁾ 선적 전의 선박지연에 관한 몇몇 경우를 설명해준다. 신속한 이행이 계약이행의 본질적인 요소인 경우는 Jackson v. Union Marine Insurance 사건상의 지연보다 기간이 짧더라도 프러스트레이션을 야기시키기에는 충분하다. 위에서 언급한 전쟁 또는 징발에 의한 프러스트레이션의 경우 및 화물 지급이나 선적의 지연 그리고 항해의 연장 등에 있어서도 마찬가지로 프러스트레이션의 성립판단 기준은 이러한 지연이 계약의 본질적인 요소에 얼마나 영향을 미치는가이다.

지연이 프러스트레이션 되기에 충분한지 아닌지를 고려하는데 있어서,

226) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 471.

227) Bank Line v. Capel (1919) A.C. 435.

관련되는 요인은 용선된 선박의 운송서비스의 전체 기간과 비교한 지연의 기간이다.²²⁸⁾ 따라서 장기간의 용선계약 또는 심지어 연속항해용선계약이 프러스트레이션 되는데 요구되는 중지나 지연의 길이는 한 항차의 용선이나 정기용선의 경우에 요구되는 것을 초과하게 될 것이다.

3) 貨物의 損傷 또는 破壞

본선에 선적된 화물이 免責危險에 의해서 파괴되었거나 목적지로 운송하기에 부적절할 만큼 손상된 경우 계약은 프러스트레이션이 성립되어 종료된다. 용선자는 선박소유자가 운임을 취득하는 것이 가능하도록 화물을 대체할 의무를 지지는 않으며, 선박소유자는 항해를 포기할 권리를 가진다. 단지 그러한 지연 이후 또는 항해를 프러스트레이션 되게 하는 그러한 비용은 제외하고, 만약 화물이 그것이 항해에 적합하도록 회복될 수 있다면 그 결과는 같다.²²⁹⁾

예컨대, The Savona 사건²³⁰⁾에서 범선 The Savona는 Cardiff로부터 Cape Town까지 석탄을 운송하기 위해 용선되었다. 선박은 12월에 항해하였으나 Biscay灣에서 선박의 돛대에 손상을 주고 선창에 누손을 일으킨 황천을 만나게 되었다. 선박은 Falmouth으로 되돌아 왔고 석탄은 젖은 상태여서 양륙되어 환기가 잘 되는 창고에 보관되었다. 그럼에도 불구하고 석탄이 3월 28일까지 운송을 하기에 적합해지지 않았고, 심지어 그 이후에 작은 석탄 조각들을 제거할 필요가 있었으나 그것들을 그대로 남겨 놓았다. Gorrel Barnes 판사는 본 사건에 대하여 선박소유자는 항해를 완성하고 재선적할 의무를 지지는 않는다고 판결했다. 그러나 선적 전에 예정된 화물의 파괴는 계약을 프러스트레이션 시키지 않는다. 왜냐하면 용선자는 특정한 화물을 선적할 의무를 지지는 않으며, 다른 출처를 통해 화물을 찾아낼 의무가 없기 때문이다.

E. B. Aaby's Rederi v. LEP Transport사건²³¹⁾에서도 피고는 Goole로

228) Trade & Transport v. Iino Kaiun Kaisha (The Angelia) (1972) 2 Lloyd's Rep. 154 ; The Eugenia (1964) 2 Q.B. 226.

229) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 472.

230) (1900) P. 252.

231) (1948) 81 Ll. L. Rep. 465.

부터 Rostock까지 양털 65,000 cu.ft. 일부 화물을 운송하기 위해 원고의 선박 Faro호를 용선했다. 예정된 화물은 선적에 대비하여 Goole에 있는 보세창고에 보관되던 중 보세창고 중 하나에 화재가 발생하였고, 화물 상자의 대다수가 파괴되었다. 용선자는 계약이 프러스트레이션 되었음을 주장하였는데 이에 대하여 Sellers 판사는 어떠한 프러스트레이션도 없다고 판결했다. 처음 장소에 있던 167개의 상자들은 여전히 선적이 가능한 상태였고, 그것은 무시할 수 있는 양 이상이었으므로 프러스트레이션이 성립되지 않는 것이라고 하였다.

4) 貨物保有 및 船積의 遲延

‘예정된 화물의 파괴가 프러스트레이션을 이끌지 않을 것이다’라는 경우와 같은 이유로 예정된 출처를 통해 화물을 확보하는데 지연된 경우 그러한 지연은 거의 프러스트레이션을 성립시켜 용선계약을 종료시키지 못한다. 왜냐하면 용선자는 대안적인 화물을 입수해야만 하고 입수할 수 있기 때문이다.²³²⁾ 그러나 선적 범위 내에서 허용될 수 있는 화물의 모든 출처가 이용될 수 없게 된 경우, 만약 결과로써 일어나는 지연이 충분히 중요한 것이라면 그 계약은 프러스트레이션 될 것이다.²³³⁾

예를 들면, The Penelope사건²³⁴⁾에서 선박소유자와 용선자는 3월에 South Wales로부터 지중해까지 석탄을 운송하기로 하는 12개월간의 연속 항해용선계약을 체결하였다. 첫 번째 용선은 5월 20일과 6월 20일 사이에 개시하기로 하였다. 그러나 5월 1일에 석탄총파업이 시작되었고 그로 인하여 12월 말일까지 그 범위 내에서 어떠한 항구에서 어떠한 화물의 공급도 못하게 되었다. 본 사건에 대하여 법원은 용선계약의 순수한 취지에 따라 8개월간의 파업은 계약의 이행을 방해했기 때문에 용선계약은 프러스트레이션 되었다고 판결하였다.

Trade & Transport v. Lino Kaiun Kaisha (The Angelia) 사건에서 Kerr 판사와 중재인은 계약에 의해서 계획된 것과 근본적으로 이행이 다

232) Kawasaki Steel v. Sardoil(The Zuiho Maru) (1977) 2 Lloyd's Rep. 552.

233) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 472.

234) (1928) P. 180.

르게 되는데 지연이 충분한지 아닌지에 대하여 서로 다른 견해를 가졌다.

피고는 인회암 화물을 Eilat로부터 일본으로까지 운송하기 위해 원고의 선박 Anglesia를 용선하였고, 그 용선계약은 화물의 공급이 지연되는 운송에 있어서 피하기 어려운 장애의 예외를 포함하고 있었다. 그 선박의 입항 예정시간은 6월 12일이었으나, 하주의 광산으로부터 Eilat로의 운송이 이루어지지 못한 결과, 선박소유자는 Eilat에서 선적될 준비가 된 화물이 전혀 없다는 사실을 알렸고, 6월 10일에 선박소유자는 용선계약을 취소했다. 지연에 대한 이유는 하주의 운송계약자가 6월과 7월에 작업하는 것을 거부했기 때문이었다. 작업에 대한 이러한 거부는 8월 말까지 선적의 달성을 지연시킬 것이며, 대략 10월 10일까지 일본으로 인도될 것이었다. 만약 그러한 지연이 없었으면 인도는 8월 초에 달성되었을 것이다. 지연의 효과로 인해 47일에서 117일까지 용선계약의 존속기간이 연장된 것이다.

중재인은 이러한 예상되는 지연이 용선계약을 프러스트레이션 시키기에 충분하나, 용선자는 면책조항에 의해 책임으로부터 보호된다고 판결하였다. 반면에 Kerr 판사는 두 가지 관점에서 반대의 의견을 가졌다. 즉 그는 지연이 용선계약의 조항에 의해서 예상된 것이었고, 그 지연이 이행을 하는데 있어 충분히 다르게 만들지 않았다는 점, 그리고 그 지연의 결과가 이행의 비용을 거의 증가시키지 않았고, 프러스트레이션을 성립시키기에 불충분하다²³⁵⁾라고 주장하였다.

5) 豫定航路의 履行不可

용선계약이 완료되었을 때 항해를 위하여 양당사자가 예상했던 항로가 불가능하게 되었다면, 용선계약은 단지 새로운 항로가 본래 예상되었던 것과는 근본적으로 다른 이행을 포함하게 된다면 프러스트레이션이 성립된다. Société Franco-Tunisienne v. Sidermar (The Massalia) 사건²³⁶⁾에서 Pearson 판사는 인도의 동해안으로부터 Genoa까지 운송을 위한 항해 용선이 수에즈 운하의 폐쇄에 의하여 프러스트레이션 되었다고 판결했다. 그러나 그의 판결은 그 이후 기각되었다.

235) (1972) 2 Lloyd's Rep. 154.

236) (1961) 2 Q.B. 278.

기각된 판례는 The Eugenia 사건²³⁷⁾으로 흑해를 거쳐 Genoa로부터 인도까지 항해를 위하여 정기용선을 체결한 경우이다. 선박은 Odessa에서 금속재를 선적하였고, 수에즈 전쟁의 전투가 시작되는 시점에 Said 항구에도착하였다. 그럼에도 불구하고 용선자는 선박이 운하를 거쳐 지나가도록 명령했고 이에 선박은 10월 31일에 운하로 들어가 선박이 운하를 떠나 지중해에 도달하는 것이 가능하게 된 1월초까지 운하에 봉쇄되어 있었다. 이에 용선자는 그 계약이 프러스트레이션 되었다고 주장하였다. 용선자는 운하에 갇힌 선박에 의한 지연에 대하여 도움을 청할 수 없었다는 것과 전쟁 지역으로 선박을 운항하도록 명령함으로써 계약위반에 의한 지연이 야기되었다는 것을 인정하였다. 그러나 용선자는 비록 그 선박이 지중해에서 대기했더라도 선박이 그 다음 해의 3월 또는 4월까지 그 운하를 통하여 예정된 항로를 지나갈 수 없을 것이라는 것은 11월 중순쯤에 명백해졌으므로 그 계약은 그때 프러스트레이션 되었을 것이라고 주장하였다. 또한 희망봉을 경유한 항해는 당사자들이 예상했던 것과는 이행을 근본적으로 다르게 만들었다고 주장하였다.

고등법원은 본 사건에 대하여 The Massalia 사건과는 달리 프러스트레이션이 성립하지 않는다고 판결하였다. 선박은 “통상적이고 관습적인 항로를 거쳐” 지나가야만 한다는 조항은 선박이 용선계약이 완료된 시기에 통상적이고 관습적이기 보다는 오히려 이행의 시기에 통상적이고 관습적인 항로를 따라야만 한다는 것을 의미했다. 희망봉을 거친 항해의 이행은 양 당사자들이 용선계약을 체결했을 당시 그들이 예상했던 것과는 근본적으로 다른 것은 없었다. Genoa에서 인도된 때부터 운하를 거친 항해의 인도 기간은 희망봉을 거친 경우의 138일과 비교하면 108일이 걸릴 것이었다. 화물은 긴급함을 요구하지도 않았으며 썩기 쉬운 것도 아니었다. 그리고 희망봉을 거쳐 지나가야 할 필요성이 용선자에게 더 높은 비용 이외에는 다른 차이를 만들지 않았으므로 Massalia 사건은 기각되었다.

이렇게 예정된 항로의 이행불가는 프러스트레이션을 성립시키는 요인이 되기도 하나, 예기치 못한 사건에 대한 현저한 비용증가²³⁸⁾ 및 계약의

237) (1964) 2 Q.B. 226.

238) The Eugenia에 대한 고등법원의 판결로부터 항해용선계약과 정기용선계약

근본적 이행을 벗어나는지 여부 등을 고려하여 프러스트레이션 성립여부를 종합적으로 판단하여 결정해야한다.

몇몇 용선계약은 선장이 입항 예정시간을 알려야만 하고 또는 예상된 항로에 따른 상세한 지점의 지시를 요청해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 만약 그 이후에 다른 항로를 지나갈 필요가 있게 된다면, 이 본래의 규정을 준수하는 것이 불가능하게 된다. The Massalia 사건에서 Pearson 판사는 그 용선계약이 선장에게 “수에즈 운하를 지나고 있는 중”이라는 것을 통지하도록 요구했다는 점을 계약의 프러스트레이션 성립근거로 내세웠다. 그러나 Tsakiroglou v. noblee & Thorl 사건²³⁹⁾을 통하여 본래계약의 비본질적인 조항이 이행을 불가능하게 한 경우 전체계약은 프러스트레이션 되지 않는다는 것이 명백해졌다. 비록 통상적이고 관습적인 항로를 지나갈 묵시적 의무가 중요한 것일지라도, 그러한 의무는 상황의 변화에 따라 이행이 불가능해질 수 있다는 것에 대해 의문의 여지가 없다. 왜냐하면 그 의무란 항해가 실행되는 그 당시의 통상적이고 관습적인 항로를 따라야 한다는 것이기 때문이다.²⁴⁰⁾

6) 引渡港에서의 貨物 揚陸의 不可能性

계약상의 인도장소에서 화물의 양륙이 어느 일방당사자의 지배를 넘어선 사건의 결과로써 프러스트레이션을 성립시키는 기간 동안 불가피하게 지연된 경우 그리고 용선계약서가 발생된 것에 대한 약관을 두고 있지

사이에서 이러한 목적을 위해 구분을 이끌어낼 필요가 약간은 혹은 전혀 없다는 것이 명백해졌다. 연장된 항해의 추가적인 비용은 어떤 경우에는 선박 소유자의 책임이 되고, 또 어떤 경우에는 용선자의 책임이 된다. 그러나 이러한 구분이 왜 구체적인 필요가 있는지에 대해서는 아무런 이유가 없다. 더욱이, 만약 예상된 것과는 이행이 근본적으로 다르다는 결론을 그 이끌어 낼만큼 그 증가가 크지 않다면 증가된 비용은 그 자체로 중요하지 않다. Denning 판사가 The Eugenia에서 말했던 것처럼 “그것은 훨씬 번거롭고 훨씬 비용이 비싼 것 그 이상이어야만 한다. 그것은 확실히 양 당사자들에게 구속되도록 유지하는 것은 부당한 것이어야만 한다.”

239) (1962) A.C. 93.

240) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., pp. 473~474.

않을 경우, 그 계약은 프러스트레이션 된다. 당국에 의해 부과된 행정상의 금지에 의하여 이행불능이 된 경우, 선박의 억류에 의해서 양륙이 방해받은 경우를 예로 들 수 있다. The Adelfa 사건²⁴¹⁾에서 양륙에 대한 금지 그리고 억류는 화물의 상태에 관한 수취인의 전혀 정당하지 못한 고소에 의해 발생된 것이었다. 그러나 스스로 자초한 프러스트레이션으로 만들기 위하여 용선자가 대리으로써 수취인의 행위에 대한 책임을 지지 않는다고 판결되었다.

7) 連續航海傭船契約上の 履行不能

連續航海傭船契約이 프러스트레이션 성립되는지 여부를 결정함에 있어서 적용할 수 있는 원리들은 1회 항해만을 계약한 용선계약(single voyage)의 경우에 적용되는 원리들과 본질적으로 다르지 않다. 그러나 한번 또는 그 이상의 항해가 이행불능된 지연 또는 이행의 불가능성에 영향을 받았다면, 전체 계약이 이행불능되거나 또는 단지 개별적인 항해가 그것에 영향을 받게 되는지 아닌지에 대한 추가적인 질문이 제기된다. 첫 번째 단계는 용선계약이 제공하는 항해가 당사자들에 의해서 1회의 항해인지 또는 분리되어진 혹은 수차례의 항해로써 간주되는지를 결정하는 것이다. 왜냐하면 후자의 경우 프러스트레이션의 문제는 각 분리된 항해의 부분에 관해 따로 따로 고려되어야만 하고, 용선계약 아래에서 이행되어진 다른 항해의 운명은 관련성이 없어야 하기 때문이다.

항해가 연속적으로 이행된 경우, 예상되는 결론은 양 당사자가 하나의 지속적인 항해를 예상했다는 것이고, 각 항해는 그 항해를 구성하는 부분이 된다는 것이다. 그러나 용선계약이 항해 사이의 중단을 예상한 경우, 그 동안 선박은 다르게 사용되어질 것이고, 예상되는 결론은 몇 번의 항해가 존재한다는 것이다.²⁴²⁾

송하인은 6개의 인산염 화물을 Florida로부터 Dunkirk까지 1918년, 1919년 그리고 1920년의 봄에 한 번 그리고 가을에 한 번 운송하도록 1913년에 항해 계약을 체결하였다. 전쟁은 처음 3번의 항해의 이행을 막았고,

241) (1988) 2 Lloyd's Rep. 466 ; The Silver Sky (1981) 2 Lloyd's Rep. 95.

242) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 474~475.

문제는 이것이 나머지 계약에 프러스트레이션의 효과를 가지는지 아닌지에 관한 것이었다. 대법원은 처음 3번의 항해의 이행 불가능성이 이후의 항해에 관한 협정을 프러스트레이션 시키지 않는다고 판결했다. Atkinson 판사는 “상소인과 피고는 6개의 계약을 맺은 것이 아니라, 하나의 계약을 맺었다. 그러나 이 하나의 계약은 6개의 완전히 별개의 단독적이고 분리된 항해를 다루고 있다. 그것들 중 어느 하나를 수행함에 있어 어떠한 방식으로든 다른 것의 이행이나 포기에 의지하지 않는다는 의미에서 그 사이에 어떠한 상호의존성도 없다. 그런 종류의 조건에 의해서 6개의 항해는 하나의 복합적인 항해로 결합되어지지 않았다.”²⁴³⁾고 말하였다.

같은 계약 내의 다른 그룹들에게는 영향을 미치지 않은 채, 항해의 하나의 그룹만이 프러스트레이션이 성립될 수 있는 것처럼 몇 개의 연속용선계약은 예컨대 계절 또는 특별한 선적기간과 관련되어 항해의 그룹들로 분리될 수 있었다.

The Nema는 Sorel로부터 유럽까지 티타늄 슬래그(slag) 화물들의 운송을 위한 7개의 연속항해를 위해 용선되었고, 항해는 1979년 4월에서 12월 사이에 이행되어지기로 하였다. 12월말부터 3월까지 Sorel은 얼음에 내구력을 갖추지 못한 The Nema와 같은 선박들은 접근이 불가능했다. 하나의 항해를 완수한 후에 선박은 1979년 6월에 Sorel로 돌아왔다. 그러나 용선계약에 의해서 지명된 하주들의 공장파업 때문에 선적할 수 없었다. 그 파업의 결과로써, 당사자들은 1980년의 앞으로의 7개의 항해를 이행하기 위하여 용선계약의 추가사항에 동의했다. 그리고 그 사이 선박소유자는 다른 용선계약 하에서 2개의 화물들을 운송했다. 그 첫 번째 운송은 용선자들의 동의하에서 이루어졌고, 두 번째 운송은 용선자들의 동의가 없었다. 파업이 여전히 진행 중인 8월에 용선자들은 선박이 Sorel로 돌아오도록 명령했으나, 선박소유자는 동의하는 것을 거절했고 그 분쟁은 중재원에 제출되었다. 파업은 중재자가 판정을 했던 9월 28일에도 진행 중이었다. 그것은 10월 5일에 끝났고 업무는 10월 18일에 재개되었다.

243) Larrinaga v. Société Franco-Américaine des Phosphates (1923) 14 Ll. L. Rep. 457, 461

중재자는 용선계약은 그것이 1979년 시즌과 관련되는 한, 이행불능되었다고 판결하였으나, Goff 판사는 그 판결은 파기하였다. 그러나 고등법원에서 회복되어졌고, 판결에 대한 항소는 대법원에서 기각되었다. 1979년 시즌과 관련하여 모든 이후의 의무로부터 양당사자들은 면제되었다고 추정했다. 별개로 분리될 수 있는 항해인 1980년 시즌은 영향을 받지 않았다.²⁴⁴⁾

The Nema 사건에서 분리될 수 없는 한 번의 항해나 항해들의 그룹의 이행불능이 어떤 단계에 있어서도 반드시 전체에 대하여 프러스트레이션이 성립하여 계약을 종료하는 효과를 가졌다고 제안되지는 않았다. 이 경우 이행불능된 사건에 의해서 영향을 받은 항해의 부분이 너무나 중요하여 남겨진 항해의 이행이 양당사자가 약속했던 것과는 근본적으로 다른 계약이행이 되는지의 여부에 대한 문제이다. 즉 예측하지 못한 사건의 발생에 의해 항해의 불이행이 남아 있는 나머지 항행의 이행에 큰 영향을 줄 경우 이는 전체계약의 대한 프러스트레이션이 성립될 것이고 그렇지 못할 경우는 이행불능 된 부분만 프러스트레이션이 성립된다. 그러한 접근은 할부판매계약의 관계에 있어서 유사하다.²⁴⁵⁾

2. 契約目的의 達成不能

프러스트레이션이 성립되는지 여부를 판단함에 있어 많은 사건들은 항해의 지연 혹은 중지가 충분히 그 항해를 중단시킬 만큼 중대한 것인지 아닌지에 따라 결정된다. 이에 관한 일반적인 法律原則을 立案하는 것은 불가능하며, 모든 사안은 개별적인 사건의 상황에 따라 판단되어야 한다. 즉 화물이 부패성인지의 여부 혹은 그 인도의 긴급성 여부, 항해의 예상된 기간과 비교하여 중지가 얼마나 길었는지의 여부 등 각 사건의 상황에 따라서 프러스트레이션 성립여부가 판단된다.

법원은 용선계약을 이행불능시키기에 충분하다고 판결한 지연이나 중지의 종류를 설명하여, 용선계약에서 프러스트레이션이 인정된 예를 명백히 하고 있다. 프러스트레이션의 성립여부를 판단함에 있어서, 다른 당사

244) Pioneer Shipping v. B.T.P. Tioxide(The Nema) (1982) A.C. 724.

245) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 475.

자는 그런 목적을 알고 있었거나, 알고 있어야만 하는 한 적어도 각 당사자의 상업적 목적과 용선계약으로부터 획득될 것으로 예상된 이익들은 고려해야 한다. 따라서 만약 화물의 인도가 용선자에게 긴급한 문제라는 것을 선박 소유자가 알고 있었다면, 선박소유자는 용선계약을 체결하는데 있어 그 자신의 상업적 목적은 운송료 취득에 있고, 이러한 목적에 있어서 항해가 더 빨리 이행되든지 더 늦게 이행되는지는 자신에게 중요하지 않다는 논거를 제시하여 용선자의 지연에 의한 프러스트레이션 주장에 반대할 수는 없다. 용선자 또한 용선계약 체결에 있어 선박소유자의 상업적 목적이 선박에 대한 수지가 맞는(비록 이익이 되는 것이 아닐지라도) 사용을 제공하는 것임을 알아야만 한다. 만약 그 선박이 체선료를 받지도 못한 채, 파업과 관련된 항구 밖에서 긴 시간을 계속 기다리고 있다면, 이 목적은 프러스트레이션 될 것이며, 화물이 빨리 운송되든지 또는 늦게 운송되든지 이러한 사실은 선박소유자에게 중요하지 않다는 것은 용선자가 반박할 수 있는 근거는 될 수 없다.²⁴⁶⁾

즉 프러스트레이션 법리는 어느 한 당사자의 계약목적이 달성되지 않은 것만으로는 성립되지 않는다. 다시 말해서, 프러스트레이션 법리는 양 당사자들의 공통적인 계약목적이 달성되지 않아야 성립이 된다.²⁴⁷⁾

246) Ibid., pp. 468~469.

247) Hudson v. Hill (1874) 43 L. J. C. P. 273 ; 선박이 Barbados 지역으로 항해하기 위하여 용선된 경우로 용선계약은 1870년 12월 28일에 체결되었다. 선박은 브라질에 있는 Rio지역에서 석탄화물을 하역한 후 Barbados로 향하기로 되어 있었다. 그러나 선주에게는 아무런 책임이 없는 기후 및 기타 상황의 변화로 인해 선박은 7월 28일까지 Barbados에 도착하지 못했다. 설탕을 수출하는 시기는 4월부터 7월까지 지속되고 있었으며, 7월 28일에는 모든 설탕화물이 수출된 상태였다. 그 결과 용선계약자는 그곳에서 90마일 정도 떨어져 있는 St. Vincent에서 설탕화물을 선적하도록 요청받았다. 이에 대해 용선계약자는 손해를 보상받지 못하는 한 이를 받아들일 수 없다고 주장하였다. 이에 Brett 판사는 “용선계약자 입장에서의 상업적인 목적은 적당한 시기에 설탕화물을 Barbados에서 영국으로 운송하는 것이었다. 그러나 선박소유자 입장에서의 상업적인 목적은 용선료를 지불받는 것이었다. 용선계약자의 의도대로 적절한 시기에 선박이 도착하지 못했다는 단순한 사실은 용

또한 계약체결 당시 예상했던 것보다 계약이행을 하는 한쪽 당사자에게 훨씬 많은 비용이 들게 되었다는 사실이 발생하더라도 프러스트레이션이 성립되지 않는다.²⁴⁸⁾ 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 예측하지 못한 추가적인 비용이 약속된 의무의 본질을 바꿀 정도의 것이어야만 한다.²⁴⁹⁾

중지와 지연에 대한 판단은 事件發生 當時의 遲延과 中止와 장래의 지연으로 나뉘어서 살펴볼 수 있다.

프러스트레이션이 성립될 가능성이 있는 사건이 일단 발생하였다면, 계약상의 효과와 프러스트레이션을 성립시킬 지속기간이 프러스트레이션을 초래하는데 충분했는지 아닌지를 결정하기 위해서 사건 발생 당시를 평가해야 한다. 즉 사건 발생당시의 상황을 기준으로 판단해야 한다.

Bank Line v. Capel 사건²⁵⁰⁾을 통해 후발적 사건에 의한 지연을 판단함에 있어 그 기준을 알 수 있다. Sumner 판사는 그 선박이 징발된 기간의 모든 중요한 문제들을 처리하면서 “그 사건 이후에도 징발기간에 대한 가능성을 확신하지 못했다는 점이 또한 중요하다. 양당사자들에 의해서 고려되어야 했던 것으로, 언제 그들이 지연의 원인과 가능성을 알게 되었고, 어떻게 할지를 결정했는지는 재판에서 고려되어야 한다. 권리가 정지된 채로 남겨져서는 안되고, 다음 사건의 가능성에 매달려서도 안된다. 그 계약은 구속하거나 또는 구속되지 않으며, 법률은 당사자들이 그 때 그 자리에서 그들의 운명을 추측할 수 있는 것이 되어야만 한다. 만약 그들이 적절히 예상되었다면, 이후에 발생한 것은 그 가능성이 정말로 있었는지를

선계약의 프러스트레이션을 성립시키지 못한다. 선박이 용선계약자에게 어떤 이익이 있도록 사용되어야 한다는 것은 선주의 의도에 해당되는 것이 아니었다. 그러므로 선적화물로 인해 어떤 이익이 용선계약자에게 발생되지 못했다 하더라도 동 계약은 계속 유효한 상태로 존재하는 것이다.”라고 판시하였다.

248) Larrinaga v. Société Franco-Americaine des Phosphates (1923) 14 Ll. L. Rep. 457, 464.

249) Davis v. Fareham U.D.C. (1956) A.C. 696 ; The Eugenia (1964) 2 Q. B. 226.

250) (1919) A.C. 435.

보여주는데 도움이 될 것이다. 그러나 프러스트레이션의 원인이 너무나 오랜 기간이거나 또는 엄청난 지연의 추정을 제기하는 것과 같은 상황 하에서 작용하는 경우에는, 계약의 운명을 결정해야만 하는 시간에 도달한다 ... 선박의 징발은 용선되어진 운송 서비스의 동일성을 파괴시켰고, 용선계약을 완전히 다른 사업적 문제로 만들었다. 그것은 전혀 명확하지 않으며 아마도 길어진 시간 동안 이행을 지체시켰다. 선박반환은 어느 당사자의 통제나 시야를 넘어서 約因에 달려 있다.”고 말했다.

비록 사건이 처음 발생했을 당시에 그 가능성에 대한 적절한 예측이 계약상의 효과가 너무나 근본적인 것이어서 계약의 프러스트레이션 성립이라는 결론을 이끌어 내지 않을지라도, 그 계약에 관한 사건의 효과가 처음에 예상되어졌던 것보다 더욱 심각하게 된 경우에는 이후 단계에서 그 계약은 프러스트레이션 될지도 모른다. 그리고 그러한 상황에서 이미 발생된 지연 또는 중지는 평가될 수 있는 것이다.²⁵¹⁾

장래의 지연을 평가함에 있어, “그것이 너무나 길게 지속될 것 같다고 추정되어져야 하거나 또는 상업적 항해(항해용선)의 목적을 무효로 하거나 파괴할 것 같다고 추정되어져야만 하는 것²⁵²⁾”인 전쟁과 “그것은 항상 법원에 의해서 계약을 취소하는 것으로써 다루어지는 그러한 예상치 못한 소멸을 조건으로써 다루어져 온²⁵³⁾” 파업은 차별되어 왔다.

그러나 이것은 매우 일반적인 추정 그 이상은 될 수 없다. The Penelope 사건²⁵⁴⁾ 과 The Nema 사건²⁵⁵⁾에서, 파업에 의한 용선계약의 프러스트레이션 성립을 인정하였다. 반면에 The Chrysalis 사건²⁵⁶⁾에서, “목적이 Basrah까지 산적된 곡물”의 항해를 위한 정기용선은 이란-이라크의 전쟁의 발발에 의해서 프러스트레이션이 성립되지 않는다고 판결되었다. 왜냐하면 “소식통의 많은 해설자들의 견해가 한꺼번에 교전이 짧을 것이고, 아

251) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 469.

252) Geipel v. Smith (1872) L.R. 7 Q.B. 404.

253) Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co. (1917) 2 K.B. 1.

254) (1928) P. 108.

255) (1982) A.C. 724.

256) (1983) 1 Lloyd's Rep 503.

마도 기일의 문제이지 평화는 매우 짧은 시간 내에 회복될 것이라고 했기 때문이다.”

III. 歸責事由不在

프러스트레이션의 본질은 계약당사자 양쪽의 지배하에 있지 않는 예상하지 못한 후발적 사건에 의해서 프러스트레이션이 야기되었고, 따라서 그들이 면책된다는 것이다. 계약 당사자들의 과실이나 부주의 또는 책임 없이 후발적 사건이 발생한다고 말하는 것은 프러스트레이션의 법리의 관점에서이다.²⁵⁷⁾ 만약 이행을 방해하는 사건이 계약당사자 자신의 행위 또는 과실에 의하여 야기된 경우라면, 계약당사자는 계약의 프러스트레이션의 성립을 주장할 수 없다. 이런 경우는 두 가지로 구분할 수 있다.²⁵⁸⁾

1) 契約違反으로부터 惹起된 경우

만약 사건이나 용선계약상의 사건의 효과가 계약위반에 의해서 발생되었다면 프러스트레이션은 성립되지 않는다. 그래서 만약 선박이 항해 중에 선박소유자에게 책임이 있는 불감항성의 결과²⁵⁹⁾로써 혹은 불안정항에 선박을 가도록 명령함으로써 용선자의 위반의 결과로써 선박이 침몰하게 된다면, 그 계약은 프러스트레이션이 되지 않는다. 그러한 경우 계약을 위반한 당사자는 그러한 위반의 결과에 대한 손해배상책임을 부담할 뿐이다.

2) 契約違反 없이 發生한 경우

만약 사건이 일방 계약당사자의 신중한 선택에 의해 발생되었다면, 비록 그의 선택이 어렵고, 변화 가능한 상황에서 이루어진 경우라고 할지라도 계약당사자는 프러스트레이션의 성립을 주장할 수 없다. 예를 들어 살펴보면 Maritime Fish v. ocean Trawlers 사건²⁶⁰⁾에서, 트롤선 용선자는 다른 선박에 배정하기 위하여 선택한 것을 제외하고, 3개의 면허를 획득했기 때문에 용선자는 선박에 대한 어업면허획득의 불이행을 이유로 용선계

257) Paal Wilson v. Partenreederei Hannah Blumenthal (1983) 1 A.C. 854.

258) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., pp.466.

259) Smith, Hogg v. Black Sea and Baltic Insurance (1940) A.C. 997.

260) (1935) A.C. 524.

약의 프러스트레이션을 주장할 수 없었다. 즉 과실에 의한 것은 제외하고, 프러스트레이션 된 사건이 신중한 선택에 의해 발생되어지지 않은 경우에는 훨씬 까다로운 문제가 발생한다. 만약 과실이 계약의 위반이거나 불법 행위에 의한 다른 당사자에 대한 의무의 위반이라면 프러스트레이션은 성립되지 않는다. 또한 동시에 만약 과실이 면책위험에 해당하면, 프러스트레이션의 법리는 그 이유로 배제되지 않는 것이 명백하다.

그리고 만약 용선된 선박이 이전의 용선계약을 이행하는 동안 멸실된 것과 같이, 계약의 범위 밖의 문제와 관련되어 발생한 것 때문에 과실이 계약위반도 아니고, 면책위험도 아닌 경우에는 의문의 여지가 있다.

Joseph Constantine v. Imperial Smelting Co. 사건²⁶¹⁾에서, 선박은 선적이 시작되기 전에 폭발로 인하여 추정전손이 되었고, 이에 선박소유자는 그 계약이 프러스트레이션 되었다고 주장하였다. 용선자는 폭발이 과실에 의해서 발생되었다는 이유로 이 주장에 반대하였다. 대법원은 프러스트레이션 된 사건이 스스로 자초한 것이었다는 것을 입증할 책임은 용선자에게 전가되고, 용선자가 그 책임을 이행하지 않았기 때문에 선박소유자의 주장을 지지하였다. 그러나 Viscount Simon, Russell 판사와 Wright 판사는 어떤 법적 의무의 위반을 포함하지 않는 단순한 과실이 프러스트레이션을 성립시키는지 아닌지에 대하여 의문을 나타냈으며, 이러한 의문은 아직 정립되지 않은 채 남아있다.

또 다른 판례로 J. Lauritzen v. Wijsmuller (The Super Servant Two) 사건²⁶²⁾을 예로 들 수 있다. 피고들은 반 잠수식의 자력으로 추진되는 2개의 부선, Super Servant One and Super Servant Two의 소유자들이었다. 1980년 7월에 피고들은 원고의 시추 장치를 일본에서부터 북해까지 운송 해주기로 원고와 동의했다. 운송은 피고들의 선택에 의해 Super Servant One 또는 Super Servant Two를 사용하여 1980년 중에 이뤄질 예정이었다. 피고측의 선택이 분명히 선언되기 전인 1981년 1월, 이전 계약 하에서 운송되었던 시추장치를 하역하던 중 Super Servant Two는 가라앉아 모두 멸실되었다. 피고측은 원고측의 시추장치를 Super Servant Two로 운송하

261) (1942) A.C. 154.

262) (1990) 1 Lloyd's Rep. 1, Affirming (1989) 1 Lloyd's Rep. 148.

기로 계획을 세웠었고, 그들의 현존하는 모든 계약적 의무를 Super Servant One만으로 이행하는 것을 불가능하게 되었다. 그러므로 그들은 계약상의 (i) 프러스트레이션 법리와 (ii) 불가항력조항의 적용을 이유로 하여 그 계약을 취소했다.

Hobhouse 판사와 항소법원은, 피고들이 그 계약을 Super Servant One으로 이행할 수 있는 여지가 있었고, 비록 그 선택이 예측하지 못한 사건의 압박 하에서 프러스트레이션이 스스로 자초된 것이었다는 결론을 이끌어 내도록 만들었을지라도, 그들이 그렇게 하지 않은 것을 선택했었다는 사실을 이유로 그 계약은 프러스트레이션이 성립되지 않는다고 판결했다. 또한 Super Servant Two의 멸실이 피고 또는 피고의 대리인들의 과실에 의해서 발생되었다면, 개인의 과실의 의하여 발생한 사건이 그의 통제 밖에 있었다고 말할 수 없다는 점에서 역시 프러스트레이션의 성립을 주장하지 못한다고 판결했다. 불가항력 조항에 대해서는 그들의 과실 없이 멸실이 발생한 경우에만 피고들에게 계약을 취소할 수 있는 권리를 주고 있다고 판결했다.

판결은 일반적 형태의 용선계약 하에서 예외들이 오직 예비항해를 포함한 용선된 항해에만 적용될 경우, 만약 그 선박이 이전 항해에 종사하는 동안 선박의 선장 또는 선원의 부주의한 항해의 결과로 멸실되었다면, 선박소유자는 프러스트레이션에 의지할 권리를 갖지 못하며, 용선계약위반에 대한 손해배상책임을 저야함을 의미하는 것이다. 그리고 만약 그 멸실이 예비항해가 시작된 후에 발생한 것이라면, 비록 용선된 항해 중의 부주의한 항해가 면책위험이었고 따라서 선박소유자가 책임을 경감받게 된다고 할지라도 역시 마찬가지이다.²⁶³⁾

엄격한 의무이행에 있어 실패나 손해에 대한 책임의 근원이 되는 이행의 지연이 당사자들의 프러스트레이션 법리적용을 그 자체로 방해하지는 않는다. The Adelfa 사건²⁶⁴⁾에서 만약 그들의 통제를 넘어서는 문제의 결과로, 지연이 항해의 상업적 목적을 달성하지 못하게 한 경우를 예로 들 수 있다. 이러한 경우 용선자들이 하역의 지연으로 인한 체선료(demurrage)

263) 제콘 표준계약서의 제2조항은 이러한 책임을 배제하지 않는다.

264) (1988) 2 Lloyd's Rep. 466.

에 대하여 책임이 있다는 사실만으로 프러스트레이션의 성립을 막지는 못했다고 판결했다.²⁶⁵⁾

第3節 定期傭船契約上 프러스트레이션의 成立要件

New York Produce Form의 제16조²⁶⁶⁾와 Baltime form 제16조는 똑같이 선박 滅失의 경우에 傭船料가 停止됨을 규정하고 있다. 그 밖에도 당사자의 합의나 의사결정 없이 정기용선계약이 자동적으로 종료되는 경우가 있다. 사건이 어느 당사자의 과실 없이 발생한 경우, 사건의 결과가 용선서비스의 동일성을 파괴할 정도이거나, 계약을 상업적 관점에서 완전히 다른 것으로 만든다면, 계약은 법의 작용에 의해 종결될 것이다. 즉 계약의 프러스트레이션에 의한 종료는 한 당사자의 과실 없이 그리고 계약상 약정 없이 사건이 결과적으로 발생²⁶⁷⁾했을 때 일어난다. 그 사건은 당사자가 계약 체결시 이행에 대하여 합리적으로 예측했던 계약상의 권리들이나 의무들의 본질을 매우 중요하게 변화시키므로, 새로운 상황에서 계약의 문맥적 의미로 잡아두는 것은 공평하지 않다. 그러므로 이 경우 법은 양당사자들을 사건 발생 이후부터 이행의무를 면제시키는 것이다.²⁶⁸⁾

이러한 결과를 초래하는 경우는 ① 定期傭船 하에서의 선박이 全損 또는 商業的으로 破壞되거나, ② 과도한 기간 동안의 선박 徵發 또는 押留, ③ 이행의 본질적인 부분의 파괴²⁶⁹⁾나 정지 때문에 위법 또는 불가능하게

265) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., pp. 466~467.

266) 그 규정을 보면,

“102. 16. That should the vessel be lost, money paid in advance and not earned(reckoning from the date of loss or being last heard of) shall be
103. returned to the charterers at once.” : 선박이 멸실된 경우, 선불금과 미수금(멸실일 또는 최후 진술이 있는 날로부터의 계산하여)은 즉시 용선계약자에게 환급된다.

267) The Super Servant Two (1989) 1 Lloyd's Rep. 148 사건 참조.

268) National Carriers v. Panalpina (1981) A. C. 675.

269) Davis Contractors v. Fareham U.D.C. 사건에서 Radcliffe 판사는 “프러스

되는 경우가 있다.

이하에서는 定期傭船契約上의 프러스트레이션의 成立要件을 上述한 커먼로상의 一般的 要件을 전제로 하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

I. 豫測하지 못한 事件의 發生

정기용선계약도 항해용선계약과 같이 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 예측하지 못한 사건이 발생해야 한다. 戰爭의 勃發이나 遲延 등이 예측된 경우에는 프러스트레이션이 성립되지 않는다. 즉 정기용선계약 체결 이후 예측하지 않은 사건의 발생으로 인하여 당사자의 귀책사유 없이 후발적으로 이행이 불가능해질 경우 프러스트레이션이 성립되어 정기용선계약은 자동적으로 종료되는 것이다.

II. 後發的 履行不能

1. 履行의 物理的 不能

1) 船舶의 滅失

선박이 현실적으로 全損되었을 뿐만 아니라 손상으로 인하여 사실상 商船으로서의 기능을 할 수 없는 경우에 정기용선계약은 프러스트레이션이 된다.²⁷⁰⁾

정기용선 하에서 선박의 멸실(loss of the ship)은 그것이 발생할 때의 상황과 멸실 원인에 따라 다른 결과를 가진다. 멸실은 한 당사자에 의해 용선계약의 불이행에 기인한 것이다. 예를 들면 멸실은 선박소유자가 용선기간 동안 책임져야 할 불감항 또는 용선계약자의 안전한 지정의무의 불이행에 의해 야기되어진다. 이런 상황에서 불이행 당사자는 손실에 대하여

트레이션은 한 당사자의 과실 없이, 계약적 의무가 이행되는 것이 불가능해졌음을 법이 인정할 경우 발생한다. 이행이 요구되어지는 상황이, 계약에 의해 책임지게 되었던 것으로부터 근본적으로 다른 것이 되기 때문이다.”라고 말했다 ; Davis Contractors v. Fareham U.D.C. (1956) A. C. 696.

270) Blane Steamships v. Minister of Transport (1951) 2 Lloyd's Rep. 155.

다른 당사자에게 책임져야 할 것이다. 그러나 멸실 후 유효하게 대체할 것을 제공하는 대체약관(substitution clause)이 용선계약에 없다면, 당사자들은 선박멸실을 이유로 후이행이 면제될 것이다.

또한 용선선박의 멸실이 용선계약의 프러스트레이션으로 귀착된 경우, 다른 선박의 대체를 허용하는 조항은 아무 효과도 없을 것이다.²⁷¹⁾ 따라서 멸실 후, 대체를 허용하려고 한다면, 특히 멸실에 의해 프러스트레이션 되는 계약을 예방하고자 할 때는 명백한 용어들이 사용되어야 한다.

멸실과 그에 따른 비용증가 주는 사건들은 용선계약상 규정이 완전히 제공되어 있으므로 계약은 멸실의 발생에 대한 당사자들의 권리들을 결정한다. 그러나 용선계약에 불완전한 조항이 있고, 멸실이 한 당사자의 과실에 의한 것이 아니었다면, 당사자들은 프러스트레이션 법리 하에서 후이행 의무로부터 면제된다. New York Produce 양식의 Lines 102와 103은 불완전 조항(incomplete provisions)이므로 적절한 사건에 프러스트레이션 법리는 자동적으로 당사자들을 면제하기 위해 적용될 것이다.

또한 정기용선계약의 당사자들은 선박의 멸실과 상관없이, 프러스트레이션 법리 하에서 자동적으로 면제되어지는 다른 상황들을 여기서 다루는 것이 편리하다. New York Produce 양식의 제16조와 Baltime 양식의 제16조 모두는 선박이 멸실된다면 사용중단을 규정한다. 정기용선은 당사자의 동의 또는 선택 없이 자동적으로 끝나게 되는 다른 상황이다.

2) 遲延

계약을 프러스트레이션 시키는 어떤 종류의 지연으로 인한 결과는 급진적임에 틀림없다.²⁷²⁾ 계약내용이 파괴되거나, 장기간 중단이나 지연으로 그 이행이 사실상 다른 계약의 이행이 되어 계약의 기초가 상실되는 경우 당사자는 그러한 경우에 대처하여 규정을 둘 수 있으며, 그렇지 않다면 계약의 이행은 프러스트레이션 된다.

(1) 傭船開始의 遲延

용선개시의 지연에 대한 예상은 예상된 지연이 계약의 이행에 원래 계

271) Niarchos v. Shell Tankers (1961) 2 Lloyd's Rep. 496.

272) Tatem v. Gamboa (1938) 61 Ll. L. Rep. 149.

약된 것으로부터 근본적으로 다른 의무를 발생시킨다면 그 계약은 프러스트레이션 되기에 충분하다 할 것이다.²⁷³⁾

여기서 흥미로운 점은 프러스트레이션 법리가 형성되던 초기에는 프러스트레이션 사건을 다르게 접근하여 판단하였다는 것이다. 초기의 Jackson v. Union Marine Insurance 사건²⁷⁴⁾을 통해 그 내용을 알 수 있다. 본 사건은 선박이 항해를 실행하기 위해 때맞춰 Newport에 있을 예정이었으나, 선박좌초에 따른 수리로 이행되지 않았기 때문에, 용선계약자들은 선적할 그들의 의무로부터 면제된 내용이다. 이때 Bramwell 판사는 “선박소유자는 선적항에 도착하기 위한 모든 가능한 긴급조치를 취할 의무를 부담했고, 선박이 ‘선박소유자와 용선계약자들이 상업적 견지에서 체결하는 것에 끝나지 않고, 상업적 의미가 있는 그 시간에’ 선적항에 도착할 것을 동의했다. 그 후의 계약이 또한 정지조건으로 그러한 시간에 도착하지 않으면 계약은 종료한다. 그것이 제외된 위험으로부터 발생했더라도, 그것은 어떤 행위의 원인도 주지 않는다.”라고 주장하였다. 즉 용선계약이 프러스트레이션 되었기 때문에 의무가 면제된 것이 아니라, 그들 의무에 대한 정지조건의 불이행의 효과로 용선계약자들의 의무를 면제시킨 것이다.

(2) 傭船契約 履行中の 遲延

용선계약의 이행 중의 지연, 예를 들어 운하의 폐쇄나 선박의 고장의 결과로 인한 항해의 연기는 프러스트레이션을 야기하기에 충분하다. 선례 해운사례들이 비부패성 화물(non-perishable cargos)²⁷⁵⁾과 지연의 결과가 항해용선 또는 정기용선 각각에 선박소유자 또는 용선계약자들에 대하여 단지 추가비용이 발생한 상황에 관련 있음을 주목해야 한다.

273) Bank Line v. Capel (1919) A.C. 435.

274) (1874) L.R. 10 C.P. 125.

275) Perishable Cargo란 부패성화물을 말하는 것으로 운송 중에 환기불량, 고온 및 다습 등에 의해 부패나 변질 등의 우려가 있는 화물로서 야채·과실·계란·어육류 등의 가공품이 이에 속한다. non-perishable cargo는 이와 반대로 비부패성화물을 뜻하는 것이다.

① 罷業과 戰爭

파업기간은 불확정적이지만 파업은 언제든지 끝날 수 있는 것이므로 그것이 계약을 프러스트레이션 시킨다고 판시되지만은 않을 것이다.²⁷⁶⁾ 그럼에도 불구하고 특유한 상황하에서의 파업이 프러스트레이션을 성립시켰으나,²⁷⁷⁾ 파업을 예로 인용한 대부분의 시도들은 과거에 실패하여 왔다.²⁷⁸⁾

이에 반하여 전쟁은 무기한 계속되는 것으로 추정²⁷⁹⁾되며, 따라서 전쟁에 의하여 발생하고 그 전쟁 내내 계속될 것으로 예상되는 지연은 商事契約의 프러스트레이션을 일으킬 그런 무기한으로 계속되는 기간일 것이다.²⁸⁰⁾ 지연이 당초에는 단기간에 끝날 것으로 생각되었으나, 그 후 그 지연이 무기한으로 계속되는 것이 명백한 경우에 그때부터 계약은 프러스트레이션이 된다.²⁸¹⁾ 또한 전쟁의 단순한 돌발이 프러스트레이션을 야기할지 아닌지는 용선계약의 결과에 달려 있다. 왜냐하면 단순한 전쟁의 돌발이 특정한 용선계약에 파괴적인 영향을 가질 수도 있고, 가볍게 또는 전혀 영향을 주지 않을지도 모르기 때문이다. 또한 전쟁의 상황이 무기한적으로 지속될 것이라는 추정은 특정한 사건에서 반박될 수도 있고, 그 추정이 전쟁 상황이 계약의 이행에 영향을 주기 위해 무기한으로 계속될 것이라는 것을 의미하지는 않는다.²⁸²⁾

276) Reardon Smith v. Ministry of Agriculture (1961) 1 Lloyd's Rep 385 사건에서 Sellers, L. J. 판사의 판결참조.

277) 프러스트레이션이 된다고 본 판결로는 The Penelope (1928)과 The Nema (1981) 2 Lloyd's Rep. 239 사건이 있다.

278) The Penelope (1928) 사건이 성공한 예로서는 거의 유일하다.

279) The Nema 사건에서 Roskill의 견해로, 전쟁의 결과에 관한 추정이 여전히 존재하고 있는지 아닌지를 의심해왔다. 그 추정이라는 것은 전쟁의 상황이 무기한으로 그리고 계속적으로 지속될 것을 말하는 것이다 ; Michael Wilford, Terence Coghlin & John D. Kimball, op. cit., p. 332.

280) Hamburg 항의 봉쇄로 항해가 저해된 사건을 취급한 Geipel v. Smith (1872) L. R. 7Q.B 404 사건에서 Lush, J. 판사는 「전쟁의 상황은 이것처럼 상업적 모험의 목적을 파괴하고 무효로 할 만큼, 상인의 거래를 방해할 정도로 길게 계속될 것으로 추정되어야 한다」고 판시했다.

281) Bank Line v. Capel (1919) A. C. 435 사건에서 Sumner 판사의 견해 참조.

The Chrysalis 사건²⁸³⁾에서 Mustill, J.는 선례들을 재검토하면서 “첫째, 계약이 적국의 누군가와 함께 교역하는 한 당사자를 포함하는 사실로부터 발생하면서 잇달아 일어나는 위법성의 사건을 제외하고, 전쟁의 선언은 계약의 이행을 방해하지 못한다. 즉 사례의 개별적 상황에 따라 이행을 방해하거나 방해하지 않을 지도 모를 전쟁의 조장에 행해진 행위들이다. 둘째, 만약 적어도 어떤 추정이 있다면, 이는 전쟁이 계약의 이행에 가질지도 모를 효과들이 아니라, 전쟁 상황의 계속기간에 관련한다. 전쟁 그 자체와 계약상의 전쟁의 결과가 반드시 동일 연장선상에 있는 것은 아니다. 셋째, 전쟁의 불명확한 계속기간에 관한 어떤 추정이 반박될 수 있다.”고 주장하여 전쟁에 대한 결론을 내렸다.

1980년에 시작된 이라크와 이란간의 전쟁발발의 사건에서, 법원은 특정 용선계약들이 전쟁의 결과로 인하여 프러스트레이션이 성립되었던 일수(date)에 대하여 중재인의 결정을 재검토하도록 촉구했다. 다른 중재인들은 실제로 같은 사실 위에 프러스트레이션의 일수에 관하여 다른 결론에 도달했으나, The Nema 사건과 The Evia(No.2) 사건²⁸⁴⁾을 통해 견해가 확립되었다. 즉 어떤 특별한 사건에 대한 항소심에 법원은 달성된 통일된 견해로 다른 중재인들의 결정에 주의하는 것이 허용되지 않았다.²⁸⁵⁾ 법원은 오직 그들이 법적으로 잘못 지시한 경우 또는 그 결정이 합리적인 중재인으로는 도달할 수 없는 것일 경우에만 중재인의 결정을 방해할 수 있었다.

② 政府의 徵發

Hirji Mulji v. Cheong Yue S. S. Co. 사건을 예로 살펴보자. Singaporean은 1916년에 10개월 동안 정기용선되었고, 선박은 1917년 3월

282) Akties. Nord-Osterso Rederiet v. E. A. Casper, Edgar & Co. (1923) 14 LI. L. Rep. 203.

283) The Chrysalis (1983) 1 Lloyd's Rep. 503.

284) The Evia(No. 2) (1982) 2 Lloyd's Rep. 307.

285) The Wenjiang(No.2) (1983) 1 Lloyd's Rep. 400 ; The Chrysalis (1983) 1 Lloyd's Rep. 503.

에 용선계약자의 처분에 맡겨지게 되어 있었다. 인도에 앞서, 선박은 징발되었다. 선박소유자는 징발기간은 짧을 것이라고 생각했고, 용선계약자에게 그들이 선박 징발 해방 후 여전히 선박을 용선할 것인지를 확인하도록 요청했다. 용선계약자들도 그렇게 했으나, 선박은 1919년 3월까지 징발상태로 남아 있었다.

용선계약은 선박의 징발에 의해 프러스트레이션 되었고, 당사자들은 그 결과 그들 사이에서 결과적으로 일어나는 대응에 관계없이 면제되었다고 법원에 의해 판결되었다. 어떠한 새로운 계약도 없고, 당사자들이 용선계약을 여전히 유효하다고 생각하는 것은 적절치 않다.²⁸⁶⁾

3) 傭船期間 서비스의 中止

하나의 항해를 위한 정기용선과는 다르게, 년 또는 월 동안의 일정한 기간 동안의 정기용선계약에서 발생하는 지연의 가장 보편적인 형태가 바로 이것이다. 즉 정기용선 기간 중 선박의 징발 또는 선박의 물리적 억류로 인하여 그 이행이 상당한 기간 동안 중지되어진다면, 계약은 프러스트레이션으로 판단될 수 있다.²⁸⁷⁾ 즉 용선계약이 프러스트레이션 되기 위해서는 프러스트레이션이 주장된 때 잔존용선기간과 관련해서 지연이 매우 상당한 연속된 기간이어야 함을 선례들을 통해 알 수 있다. 만약 그 시점에 지연이 그친 다음 용선계약의 상당한 기간이 남겨져 있다면, 법원은 계약이 프러스트레이션 되었다고 판결하지 않을 것이다.

이에 관한 예로 *Tamplin Steamship v. Anglo-Mexican Petroleum*²⁸⁸⁾ 사건을 들 수 있다. 탱커 F. A. Tamplin이 5년 동안 정기용선되었으나, 선박의 징발이 2차례나 있었다. 이에 선박소유자가 프러스트레이션을 주장²⁸⁹⁾하였다. 그러나 법원은 선박이 징발된 것은 확실하나, 용선계약이 상

286) *Hirji Mulji v. cheong Yue S. S. Co.* (1926) A.C. 497 ; *B. P. Exploration v. Hunt* (1981) 1 W.L.R. 232, 241.

287) Michael Wilford, Terence Coghlin, John D. Kimball, *TIME CHARTERS*, 3rd ed. (London : Lloyd's of London Press Ltd., 1989), p. 328.

288) (1916) 2 A.C. 397.

289) 이 사건은 용선계약자가 아닌 선박소유자가 프러스트레이션을 주장한 경우다. 해사법원이 용선료를 초과하는 비율로 지불하고 있었던 보상을 획득하기

당한 기간 남아 있고, 상업적 목적으로 이용될 기간이 충분하므로 프러스트레이션의 성립을 인정하지 않았다.

그러나 상당한 기간이 남아 있더라도 법원들이 의심없이 프러스트레이션 되었다고 판단할 사건들이 발생하는 경우도 있다. 예를 들면 하나의 선박이 특별하고 긴급한 무역에 용선된 경우나, 먼 미래에 용선서비스가 기간 만료 전에 잠시 다시 시작될 수 있었더라도 서비스가 전용선기간의 불균형한 부분에 전혀 계속될 수 없는 경우다.²⁹⁰⁾

또한 여기서 주목할 점은 프러스트레이션의 정확한 법적 기준을 적용하면서 중재인들이 특정 사례의 사실들이 그 기준을 충족시킨다고 판단할 경우, 법원은 비록 다른 결정에 이르게 되는 경우라도, 그 결정을 저해하는 것을 꺼려한다는 것이다.²⁹¹⁾ 이는 The Nema 사건에서 Denning, M. R. 판사에 의해 채택된 “약간 더 자유로운 접근”이 취해져야 한다는 견해이자, 하나의 런던 중재의 견해이므로 중요할지도 모른다.

중지의 길이와 효과는 그 중지가 발생한 시점에서 평가되어야 한다. 문제는 합리적인 사업가가 그 시점에서 용선서비스로부터 선박철수가 예상되는 기간을 어느 정도로 고려했느냐이며 당사자의 이 시점에서의 예상 이 그 후의 사건에 의해 증명되는지 아닌지, 왜곡되는지 아닌지는 중요하지 않다.²⁹²⁾ Court Line v. Dant & Russell 사건에서 ‘지연의 예상길이’는 기대증거(evidence of expectation)로 판단되었고, 이에 관하여 Branson, J. 판사는 「당사자가 프러스트레이션의 원인이 된 사태가 발생한 때에 문제

를 희망하는 용선계약자들은, 그들이 징발동안 계약된 서비스를 받지 못할지도 모르는 사실에도 불구하고 용선계약이 계속되는 것에 만족하였다. 만약 해사법원의 보상이 사용료 보다 낮았고 용선계약자들이 용선계약이 계속되기를 거부해왔다면, 법원의 결정은 달랐을지도 모른다 ; The comments of Lord Dunedin in Mertopolitan Water Board v. Dick, Kerr (1918) A. C. 119. p. 129.

290) The Wenjiang(No. 2) (1983) 1 Lloyd's Rep. 400, 408 ; National Carriers v. Panalpina (1981) A. C. 675, 697, 707.

291) The Nema (1981) 2 Lloyd's Rep. 239, p.324~325 ; The Wenjiang (1982) 1 Lloyd's Rep. 128.

292) Anglo-Northern v. Jones (1917) 2 K.B. 78.

를 고려하므로, 법원은 그 사태가 어느 정도 계속될 것인지 엄선을 다해 판단해야 한다. 중요한 것은 중단기간의 길이에 대한 개연성이지 사태가 소멸된 후에 일어난 사실이 아니다」라고 판시하였다.²⁹³⁾ 실제로 발생한 것은 오직 결정이 요구된 그 시점에 합리적인 개연성을 결정함에 도움이 되는 것에 관련한다.²⁹⁴⁾ 이는 The Nema 사건²⁹⁵⁾을 통해 확인할 수 있는데, Templeman, L. J. 판사는 중재인이 용선계약이 프러스트레이션 되었다고 결정한 후에, ‘파업이 의외로 단 9일 만에 끝났다는 사실’은 무관한 것으로 각하였다.

2. 契約目的의 達成不能

이행이 가능하여도 주변사정의 본질적 변경으로 인하여 계약목적의 달성이 불능하게 할 정도의 경제적 손실이 발생할 경우에는 프러스트레이션이 성립된다. 그러나 계약의 일방 당사자가 예기한 것 이상의 경제적 부담을 지게 되는 상황이 발생하여도 계약이 언제나 프러스트레이션이 성립되는 것은 아니다. 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 경제적 손실이 대단한 것이어야 한다.²⁹⁶⁾

따라서 연료탱크 가격의 급등이나 화물시장의 주기적인 파동에 의하여 일방의 용선계약 당사자에게 손실이 야기된다면 프러스트레이션이 성립되지 않는다.²⁹⁷⁾ 왜냐하면 연료비 파동과 같은 현상은 탱커시장에서 흔히 일어나는 일반적 현상으로 파악되기 때문이고, 상업적 계약의 불확실성은 비록 정확하지 않지만 금전적인 부분에서 나타날 수 있으므로 계약의 손실은 상업적 실패로 판명될 수 있을 뿐 프러스트레이션의 성립여부를

293) Court Line v. Dant and Russel (1939) 44 Com. Cas 345 ; Denny, Mott & Dickson v. James B. Fraser & Co. (1944) A. C. 265, 277, 278 ; National Carriers v. Panalpina (1981) A.C. 675, 707.

294) Denny, Mott & Dickson v. James B. Fraser & Co. (1944) A.C. 265, 277, 278 ; National Carriers v. Panalpina (1981) A.C. 675, 707.

295) (1980) 2 Lloyd's Rep. 339.

296) The Eugenia (1963) 2 Lloyd's Rep 381 사건에서 Denning 판사는 프러스트레이션이 될 사정은 단순한 부담이나 비용의 증가 이상을 요구한다고 했다.

297) Occidental v. Skibs A/S Avanti (1976) 1 Lloyd's Rep. 293.

판단하는 근거가 될 수는 없기 때문이다.²⁹⁸⁾ 뿐만 아니라 예상치 못한 사정변경에 의한 손실의 발생이더라도 이는 ‘양당사자의 공통된 계약목적의 달성’에 불능을 초래해야 할 정도로 큰 손실을 일으켜야 하는 것이다.

양 당사자의 공통된 목적의 달성불능이 아니라 한 당사자에 의해 의도된 계약목적달성불능인 경우에는 프러스트레이션이 성립되지 않는다. 한 당사자에 의해 의도된 계약목적달성이 좌절된 대표적인 판례로써 FA Tamplin SS Co., Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd. 사건²⁹⁹⁾을 들 수 있다. 이 사건에서는 용선계약자들이 Oil 운송을 목적으로 유조선을 사용하기 위해 1912년 12월 4일부터 1917년 12월 4일까지 5년간 정기용선계약을 체결하였다. 그런데 1915년 2월에 유조선은 정부에 의해 강제 징발되어 군용운송선으로 전용되었다. 이에 대해 용선계약자들은 선주에게 합의된 운임을 지불하려고 하였으나, 선주측은 정부에 의해 지불되는 더 많은 보상금을 받으려는 의도에서 정부의 징발로 인해 사업의 상업적 목적이 좌절되었으므로 동 계약은 프러스트레이션이 성립되었다고 주장하였다.

본 사건을 담당했던 영국 법원에서는 간신히 초과된 과반수에 의해 선주측의 주장을 거절하였다. 즉 이 사건에서는 동 계약의 프러스트레이션 성립이 인정되지 않는 것으로 판결되었다. 견해가 상이했던 재판관들의 주장 내용을 간략히 소개해 보면 다음과 같다. 먼저 동 계약의 프러스트레이션 성립에 대하여 반대했던 Parker 판사는 양 당사자들이 어떤 제한된 사업을 예기한 것이 아니었기 때문에 이 사건에서는 프러스트레이션이 성립될 수 있는 구체적인 근거가 전혀 없다는 견해를 피력하면서, 선주는 용선료를 지불받는 것 이외에는 용선계약자들이 어떠한 특정 사무를 이행하는 지에 대해 관심이 없는 것이라고 주장하였다. 또한 Loreburn 판사는 당사자들이 계속적인 평화스런 상태를 예상하였고, 선박에 대한 통제력 상실을 예상하지 못했다는 사실을 인정한다 하더라도 동 사건에서의 방해사건이 계약을 계속 존속시킬 수 없는 성격의 것으로는 볼 수 없다고 주장하였다.

298) Larrinaga v. Société Franco-Américaine des Phosphates (1923) 14 L.L. L. Rep. 457.

299) (1926) 2. A.C. 397.

그리고 선박이 징발되던 날의 상황을 판단해 볼 때, 1917년 12월까지 5년의 기간이 만료되기 이전에 동 선박이 상업적인 목적을 위해 유용한 상태로 이용될 수 있는 수개월간의 기간이 있었을지도 모른다고 주장하였다.

그러나 동 계약의 프러스트레이션 성립을 주장했던 Haldane 판사와 Atkinson 판사는 다른 견해를 보였다. 즉 Haldane 판사는 장래의 특정일에 이루어질 계약의 이행에 관한 한 전체적인 계약의 기초가 상실되었다는 견해를 보였으며, Atkinson 판사는 정부의 징발이 양 당사자의 자유에 대한 실질적인 침해를 구성하는 것으로 간주하면서 계약의 기초가 소멸되었다는 견해를 보였다. 그러나 이 사건은 결국 다수결에 의해 프러스트레이션이 성립되지 않는 것으로 판결되었다.

III. 歸責事由不在

定期傭船契約의 경우에도 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 豫測하지 못한 事件에 대한 兩當事者의 歸責事由가 없어야 한다. 귀책사유가 있는 경우는 契約違反이 되므로 損害賠償請求 및 契約解止의 문제가 된다. 또한 일방당사자의 意圖的인 行爲와 選擇에 의해 사건이 발생하여 프러스트레이션의 성립여부를 판단하여야 할 경우에도 성립은 부정된다. 귀책사유가 존재하는 경우는 다음 두 가지로 살펴볼 수 있다.

1. 契約違反

용선계약의 한 당사자는 프러스트레이션을 초래하는 하나의 사건이 일방 당사자의 계약위반에 기인한 경우 프러스트레이션 법리를 주장할 수 없을 것이다.³⁰⁰⁾ 엄격히 말하자면 이것은 프러스트레이션 사건이라기보다는 계약위반에 의한 계약해제에 해당하고, 위반 당사자에 대한 손해배상청

300) Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker (1949) A.C. 196 사건에서 Wright 판사와 Porter 판사는 「감항능력주의의무를 위반한 선주는 화물주의 청구에 대하여 프러스트레이션의 원칙을 원용할 수 없다」고 하였으며, The Eugenia (1963) 2 Lloyd's Rep 381 사건에서 Donovan 판사는 용선자가 배선을 하는데 전쟁약관에 위반하였다면 수에즈 운하에서의 억류를 계약의 프러스트레이션의 근거로 주장할 수 없다고 하였다.

구는 계약의 프러스트레이션의 원인으로 간주될지도 모르는 사건에서 발생한 손실을 포함하기도 한다.

사례를 살펴보면, *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker* 사건³⁰¹⁾에서 Wright 판사와 Porter 판사는 선박소유자의 감항능력주의의무의 위반에 대한 송하인의 소송은 프러스트레이션이 성립되지 않는다고 판결하였다. 또한 Donovan, L. J. 판사는 *The Eugenia* 사건³⁰²⁾에서 “용선계약자들이 선박 입항시 전쟁약관의 위반이 있다면, 수에즈 운하에서의 선박 포획(trapping)으로 인한 용선계약의 프러스트레이션을 주장할 수 없다는 것이 공통된 근거이다”라고 주장했다. 같은 사건에서 Denning, M. R. 판사 또한 “선박 입항시 전쟁약관의 위반이 있었다. 그들 스스로 자초한 프러스트레이션에 의존할 수 없다.”고 말하여 계약위반에 의한 경우 프러스트레이션이 성립되지 않음을 확인할 수 있다.

그러나 프러스트레이션의 원칙을 원용할 수 없다는 계약위반도 용선계약상에 적절한 예외조항에 포함된다면 이러한 위반효과가 없을 수 있다. 예를 들자면 용선된 선박이 선박소유자의 사용인의 항해과실로 인하여 침몰했을 경우, 그 계약이 그들을 이 특별한 원인으로부터 발생하는 책임으로부터 보호한다면 선박소유자는 프러스트레이션을 주장할 수 있다.³⁰³⁾

2. 意圖的인 行爲와 選擇

용선계약의 프러스트레이션을 일으킨 사건이 일방 당사자의 의도적 행위 또는 선택에 의하여 야기된 것이라면, 그 당사자는 방어방법으로 프러스트레이션 법리를 원용하는 것이 허락되지 않을 것이다. *Maritime National Fish v. Ocean Trawlers* 사건³⁰⁴⁾을 통해서 그 내용을 확인할 수 있는데, 법원은 「용선자가 마음만 먹었다면 St. Cuthbert 호의 면허를 얻을 수 있었다는 점에서 프러스트레이션은 自招된 것이다」라고 판시했다. 즉 프러스트레이션의 핵심은 당사자의 행위 또는 선택에 기인해서는 안된

301) *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker* (1949) A.C. 196.

302) *The Eugenia* (1963) 2 Lloyd's Rep.

303) Michael Wilford, Terence Coghlin & John D. Kimball, op. cit., p. 335.

304) (1935) 51 Ll. L. Rep. 299.

다는 것을 나타낸 것이다.

3. 不注意

기인된 사건이 본질적으로 계약의 위반이 아니라, 부주의한 행위에 의하여 야기된 경우라도 마찬가지로 프러스트레이션이 성립되지 않는다.

The Super Servant Two³⁰⁵⁾ 사건에서 Hobhouse J. 판사는 바지선(barge)의 소유자는 그들 통제하에서 손실을 둘러싼 사건이 발생한 경우, 손실은 이미 개시된 운송계약의 프러스트레이션 성립이유가 되지 않는다고 판시했다.

그러나 단순한 부주의가 懈怠(default)에 해당하여 프러스트레이션이 자초된 것에 원인이 되는지에 대하여 의문이 있다.³⁰⁶⁾

해태는 넓은 의미를 가지고 있으며, 프러스트레이션을 다루는 많은 상사사건에서는 부주의와 같은 뜻으로 취급된다. 아직 商事事件과는 범위를 달리하는 사적인 이행을 목적으로 하는 계약과 관련하여 발생하는 다른 부류의 프러스트레이션 사건에서는 부주의가 원인이 되어 그 개인의 이행능력이 흠결된 경우에 항변이 패소한다고 주장되지 않고 있다.³⁰⁷⁾

第4節 立證責任

당사자가 초래한 프러스트레이션 여부를 결정함에 있어서 문제가 되는 것은 그 입증책임이 누구에게 있는 가이다. Joseph Constantine

305) (1989) 1 Lloyd's Rep. 148.

306) Constantine v. Imperial Smelting 사건에서 Viscount Simon 판사는 이에 대하여 「...프러스트레이션의 항변을 무력화 하는 하나의 요소로서의 '해태'의 범위는 아직 정확하게 최종적으로 결정되어 있지 않다... '자초된 프러스트레이션'은 계획적인 선택을 포함하고, 그 사건들이 고의적으로 의도된 것이 라면 프러스트레이션을 이유로 항변할 수 없다」고 주장했다; Constantine v. Imperial Smelting (1942) A. C. 154.

307) Wright 판사는 '단순한 부주의'는 이와 관련하여 '과실'을 구성하기에 충분한 것으로 제시되지 않는 것으로 보인다고 부언했다.

Steamship Line, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd. 사건³⁰⁸⁾에서 피고는 원고로부터 증기선 Kingswood를 용선하여 Australia에서 선적할 예정이었다. 그런데 선적 전에 용선의 보일러에 큰 폭발이 발생하여 그 때문에 계약의 이행이 불능하게 되었다. 폭발의 원인은 밝혀지지 않았으나 피고는 원고가 프러스트레이션으로 인한 계약종료를 주장하여 계약위반에 대한 책임을 면하기 위해서는 무엇보다도 그 사건이 당사자의 과실에 기인하지 않았음을 입증하여야 한다고 항변하였다. 그러나 법원은 오히려 입증책임은 불능이 당사자의 귀책사유에 기인하였음을 주장하는 자에게 있다고 하면서 피고가 그 사건이 원고의 과실에 기인한 것임을 입증할 수 없으므로 계약은 프러스트레이션에 의하여 종료한다고 판시하였다. 따라서 선주가 용선계약의 프러스트레이션을 증명하면, 그 사태가 선주에 의해 自招되었다는 점을 입증할 책임은 용선자인 피고 측에 있는 것이다.

즉 歸責事由에 대한 立證責任은 프러스트레이션의 適用을 否認하는 當事者에게 있다. 原・被告 중 어느 지위에서도 마찬가지이다.³⁰⁹⁾

308) Joseph Constantine Steamship Line, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd. (1942) A.C. 154.

309) Joseph Constantine Case(1942) A.C. 154.

第4章 傭船契約上 프러스트레이션의 效果

第1節 契約의 終了

커먼로상 프러스트레이션이 성립하면 그 사건 발생시점 이후부터 계약은 자동적으로 종료된다.³¹⁰⁾ ‘契約의 自動的 終了’라는 효과는 프러스트레이션 법리의 목적이 계약의 존속이 아닌 소멸에 있음을 입증해 주는 효과이기도 하다.

커먼로상 프러스트레이션의 효과에 관한 일반원칙은 해당 계약을 처음부터 무효화시키는 것이 아니라, 사건발생 시점 이후의 양 당사자의 계약이행의무를 면제시켜 주게 된다.

이는 계약당사자의 의사와는 관계없이 법률의 작용에 의하여 종료시키는 것이기 때문에 계약당사자의 그 계약을 종료시킬 것인지 말 것인지를 결정할 수 있는 권한도 없다.

이와 관련하여 Simon 판사는 “법적인 관점에서 프러스트레이션이 발생될 때 이는 계약 자체를 종료시키며, 또한 양당사자를 자동적으로 면책시켜주게 된다”라고 판시하였다. 따라서 프러스트레이션을 성립시키는 사건이 발생된 때로부터 자동적으로 종료되며, 그 이후의 양당사자의 계약이행의무를 면제시켜 주게 된다.³¹¹⁾

Hirji Mulji v. Cheong Yue SS Co., Ltd. 사건³¹²⁾에서는 선주가 자신의 선박인 Singaporean 호를 10개월간 용선해주는 조건으로 1917년 3월 1일에 용선자의 처분가능상태로 인도한다는 내용의 용선계약서가 1916년 11

310) John Tillotson, op. cit., p. 145.

311) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, 8th ed., p. 162.

312) (1926) A. C. 497 ; A. G. Guest, *Anson's Law of Contracts*, 25th ed.(Oxford : Clarendon Press, 1979), p. 516.

월에 작성되었다. 그런데 기일이 도래하기 전에 선박이 정부에 의해 징발되었으며, 선주측은 이러한 정부조치가 곧 해제될 것으로 예상하여 용선계약자들로 하여금 동 용선계약을 계속 유지시켜줄 것을 요청하였다. 용선계약자들은 선주측 주장에 따르기로 합의하였다. 그러나 동 선박은 1919년 2월까지도 해제되지 않았으며, 이에 용선계약자들은 선주측의 요구를 거절하였다. 동 사건을 담당했던 법원에서는 프러스트레이션은 계약을 자동적으로 종료시키는 것이라고 판결함으로써, 용선계약자들이 스스로 계약의 프러스트레이션 성립을 철회하였다고 주장하는 선주측 주장을 거절하였다.

이 사건에서 법원은 “프러스트레이션의 결과가 당사자들의 행동에 어떠한 영향을 미치는 간에 프러스트레이션의 법적 효과는 해당 사건에 대한 견해나 지식에 의해 영향을 받지 않는다. 당사자들이 말하거나 행할 수 있는 것은 그들이 경험하여 알고 있는 해당 사건에 대한 증언에 불과하며, 이것조차도 심도 있는 증언을 반드시 필요로 하는 것은 아니다.”라고 판결하였다. 따라서 프러스트레이션은 어느 한 당사자의 선택과는 상관없이 계약의 존속여부를 결정짓게 된다. 프러스트레이션 법리의 적용에 의해 계약이 종료된 경우의 법적 효과에 대해 Wright 판사는 한 사건에서 “본인의 견해로는 어느 한 당사자의 과실없이 손상에 대해 책임을 부담하고 있지 않은 상황에서 사실상 더 이상의 계약의 이행이 불가능하게 된 날 이후의 장래시점에 대해 계약은 자동적으로 종료된 것으로 본다.”³¹³⁾

즉 이러한 경우 계약은 장래시점에 대해서만 종료된다. 따라서 커먼로하에서의 프러스트레이션의 효과에 관한 일반원칙으로서 각 당사자는 계약의 프러스트레이션을 성립시키는 사건발생 이전의 자신의 계약의무를 이행하지 않으면 안된다.

그러나 정기용선계약에 있어서는 항해용선계약과 달리 선급용선료의 반환과 관련한 문제가 제기되어 커먼로가 아닌 1943년에 제정된 법률개혁법이 적용되어 계약이 자동적으로 종료된 이후의 양 당사자의 계약이행의

313) Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.(1943)
A. C. 32.

무부분이 항해용선계약과 차이가 있다. 이하에서는 프러스트레이션 성립 이후 ‘계약의 자동종료’라는 효과와 부수하여 발생하는 위험부담의 문제인 프러스트레이션 성립이전의 양당사자의 계약이행의무에 관한 효과를 커먼로의 적용을 받는 항해용선계약과 1943년 법률개혁법의 적용을 받는 정기용선계약으로 구분하여 고찰하고자 한다.

第2節 危險負擔

상술한 바와 같이 용선계약상 프러스트레이션이 성립이 되면 성립시점부터 용선계약은 자동 종료된다. 프러스트레이션 법리는 예측하지 못한 사건으로 인하여 발생한 위험을 계약당사자에게 공평하게 배분하기 위해 발전한 것이다. 그러므로 계약이 자동 종료되면 그로 인하여 발생하는 위험부담을 양당사자에게 어떻게 공평하게 부담하는가가 문제가 되는데, 기본적으로 영국의 경우는 물품매매법에서 물건의 소유권이 매수인에게 이전하기 전 양당사자의 과실이 없이 사건의 발생으로 계약이 이행불능되면 프러스트레이션을 인정하여 계약 종료에 따른 위험부담은 채무자가 부담하는 채무자부담주의를 취하고 있으며, 우리나라의 경우도 반대급부위험 부담을 채무자에게 부담시키고 있다. 프러스트레이션이 성립되면 그 시점 이후로는 계약이 종료하지만, 그 이전에 존재하는 양당사자의 권리, 의무는 그래도 존속하기 때문에 계약종료로 발생한 이러한 위험부담을 공평하게 분배하는 것이다.

커먼로의 적용을 받는 항해용선계약과 1943년 법률개혁법의 적용을 받는 정기용선계약에서 프러스트레이션이 성립된 경우 계약의 자동종료로 인한 위험부담의 문제를 구분하여 살펴보면 아래와 같다.

I. 航海傭船契約上の 效果

커먼로상 성립된 프러스트레이션의 법리는 항해용선계약 및 개품운송 계약에 적용된다. 다만, 항차정기용선계약(A trip-time charter)³¹⁴⁾의 경우

314) 이는 단지 1항차만을 위해 정기용선한 경우를 말한다. 그러면서도 항해용선

가 커먼로의 적용을 받는지에 대하여는 불분명하다.

프러스트레이션의 성립이 법적으로 계약자체를 종료시켜 자동적으로 양당사자의 의무를 면제시킨다는 점에서 피해당사자가 계약의 종료여부를 결정할 수 있는 계약위반과는 상이하다는 것을 알 수 있다. 또한 프러스트레이션은 계약을 소급하여 종료시키는 것이 아니라 발생과 동시에 종료하고, 장래의 계약이행만을 면제시킨다. 따라서 프러스트레이션 성립 이전의 당사자들의 의무에는 영향을 미치지 않는다. 계약이 단지 장래를 향해서만 종료되고, 착오에 의해서 계약이 무효가 되는 것과는 달리 유효한 계약으로 시작되지만, 프러스트레이션 성립과 동시에 자동적으로 종료됨을 의미하는 것이다.

1. 프러스트레이션 成立 以前의 兩當事者의 履行義務

프러스트레이션이 성립된 계약은 프러스트레이션이 될 때까지는 완전히 유효한 것이고, 그때까지 발생한 권리, 의무는 그 효력에 아무런 영향을 받지 않는다. 반면 프러스트레이션이 된 이후에는 계약은 더 이상 존속하지 아니하면 그 이후에는 발생할 권리도 존재하지 않는다.³¹⁵⁾ 그러므로 이

계약과는 완전히 다른데 이와 같이 단일 항차를 항해용선계약을 하지 않고 정기용선계약의 형태로 계약을 체결하는 것은 항해의 지연에 대한 위험을 용선자에게 전가하기 위한 것이다. 예컨대 Eugenia 사건에서 ‘혹해 경유 인도까지’의 1항차를 위해 불타입표준계약서식에 따른 정기용선계약을 체결하였다. 이는 정기용선계약이기 때문에 용선자가 본선이 수에즈운하에 갇혀 발생한 지연손해를 부담하여야 하였다. 운하의 폐쇄로 용선계약이 프러스트레이션 되어 용선자는 일체의 책임을 면한다고 주장하였으나, 항소법원은 그의 주장을 기각하였다(The Eugenia(1964) 2 Q.B. 226) ; 鄭映錫, 前掲書, 55쪽.

315) Appleby v. Myers(1867) L. R. 2 C. P. 651 ; 원고는 피고의 건물 내에 기계를 설치해주기로 계약을 체결하였으며, 대금지불은 이러한 기계설치작업이 완성된 후에 이루어지는 조건이었다. 그런데 작업이 완성되기 전에 이미 설치된 기계 및 건물이 화재에 의해 완전히 파괴되었다. 이 사건에서 계약은 프러스트레이션 법리의 적용에 의해 종료되었으나, 대금지불은 작업이 완성된 후에 이루어지기로 합의되었기 때문에 원고는 이미 자신이 이행한 작업

미 지급된 선불운임(advance freight) 또는 용선료(hire)는 운송물이 목적지에 도착하지 않았거나, 더 이상 그 선박을 사용할 수 없게 되었다고 하더라도 반환받을 수 없다.³¹⁶⁾ 또한 목적지에서 지급하기로 하거나 일정한 기간 후에 지급하기로 한 후불운임 혹은 후불용선료는 목적지에 도착하지 아니하였기 때문에 또는 일정기간이 경과하지 아니하였기 때문에 지급할 의무가 없다.³¹⁷⁾

따라서 커먼로에서는 프러스트레이션 성립 이전에 발생된 권리는 법적 구속력이 있는 상태로 존속되지만, 프러스트레이션 성립시점 이전에 발생되지 않은 권리는 법적 구속력이 없다. 이러한 커먼로 상의 원칙은 계약의 종료로 인한 손실을 감수하게 되는 특정 사업자에게 해당 손실이 부과되어야 한다는 것을 의미하는 것이기 때문에 당사자들 중의 어느 일방에게 상당한 불이익을 야기시키게 된다.³¹⁸⁾ 계약의 프러스트레이션을 성립시키는 사건발생시점을 기준으로 선불조건인가 후불조건인가에 따라 해당 손해를 부담하게 되는 당사자가 바뀌게 된다. 커먼로상의 프러스트레이션 효과와 관련된 이러한 문제점은 후술하고자 한다.

용선계약이 프러스트레이션 된 경우, 양쪽 당사자 모두 그 이후의 이행은 면제된다. 그러나 프러스트레이션이 일어나는 그 순간까지 계약은 유효하고 효력이 있는 것으로 유지된다. 프러스트레이션에도 불구하고 용선 계약 하에서 지급기일이 된 금액에 대한 청구나 그 전에 발생한 계약의 위반에 대한 손해액은 집행 가능하지만 그 사건 이후에 만기가 되어지는 금

에 대한 대가를 보상받을 수 없었다.

316) Krell v. Henry(1903) 2 K. B. 740 ; 본 사건에서 임대료는 £ 75였으며, 이 중 £ 25는 선불조건이었고 나머지 £ 50은 6월 24일에 대금지급이 이루어지는 조건이었다. 이 사례에서 원고(임대해준 자)는 피고로부터 £ 50의 임대료를 받을 수 없는 것으로 판결되었는데, 그 이유는 대관식행사의 개최예정일인 6월 24일이 도래하기 이전에 대관식행사의 취소가 공표되었기 때문이었다. ; F. R. Davis, Contract, 4th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1981), p. 189.

317) 沈載斗, 海上運送法(吉安社, 1997), 82~83쪽.

318) Michael M. Furmston, *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 11th ed. (London : Butterworth & Co., Ltd., 1986), p. 569.

액은 지급 만기가 되는 것이 멈추게 된다. 이러한 일반적인 법칙을 확실히 하기 위해서는 조건이 만들어져야 한다.

첫째, 프러스트레이션의 효과가 이미 지불이 되었거나, 만기가 된 지불의 約因이 완전히 없어지게 되는 것이라면 그 지불은 되찾을 수 있고, 만약 이미 지불되지 않았다면, 지불되는 것이 중지된다.³¹⁹⁾ 용선료는 이러한 규칙의 예외이다.

둘째, 이미 발생했던 위반에 대한 손해액의 청구가 유효하게 남아 있을지라도, 이후 계약의 프러스트레이션은 손해액에 영향을 미칠지 모르며, 단지 명목상의 손해액만을 되찾을 수 있다는 것을 의미할지 모른다.³²⁰⁾

그러나 만약 손해액이 체선료와 같은 것으로 변제되어진다면, 손해액에 대해 발생한 권리는 이후의 이행 불능에 의해서 영향을 받을 수 없게 된다.

셋째, 만약 용선계약이 프러스트레이션 되었다면, 선박소유자는 준계약에서 또는 묵시적 계약을 기초로 하여 이루어진 운송 서비스에 대한 적절한 보상에 대한 청구를 할 수 있다. 따라서 The Massalia 사건³²¹⁾에서 선박소유자는 희망봉을 경유한 항해에 대한 적절한 보상 즉, 용선료를 초과한 것에 대한 보상을 받을 수 있었다.

2. 契約終了 以後의 貨物の 任置

항해용선계약에서 프러스트레이션이 성립되면 계약은 자동적으로 종료되는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 이때 양당사자의 위험부담 문제 외에 선박소유자가 점유하고 있는 송하인의 운송물에 대한 문제가 여전히 남아 있다. 송하인의 수탁자로서 선박소유자가 화물을 여전히 점유하게 되는 것에 대한 조건과 관련한 직접적인 권한은 현저히 부족하나, 영미법에서는 선박소유자의 지위를 다음과 같이 보고 있다.

첫째, 선박소유자는 화물에 대하여 상당한 주의의무를 다하여야 하며,

319) Fibrosa v. Fairbairn(1943) A.C. 32.

320) Avery v. Bowden(1856) 6 E. & B. 953.

321) (1961) 2 Q.B. 178.

송하인과의 의사소통 불능에 상관없이 의무를 이행함에 있어서 합리적으로 초래된 비용을 손해배상 받을 상관적인 권리를 가지고 있다.³²²⁾

둘째, 기탁의 조건은 대개 앞선 운송계약의 예외 조항을 포함한다.³²³⁾

셋째, 송하인은 그의 비용으로 기탁된 운송물들을 하역하여야만 한다.³²⁴⁾ 만약 선박을 움직일 수 없다면, 선박소유자는 선박이 정박하고 있는 그 장소에서 송하인이 인수하도록 요청할 권리가 있다. 그러나 선박이 항구를 향해 전진할 수 있는 경우 그것은 화물의 안전한 양륙을 위해 적절한 설비가 존재하는 항구로 선박반환을 제공해야만 하는 수탁자인 선박소유자의 의무와 일치한다.

넷째, 송하인이 선박소유자의 요청에 따라 합법적으로 지정한 장소와 시간에 화물을 인수받지 못한다면, 선박소유자는 그 화물을 양륙하여 보관하고 첫 번째 원칙이나 경감의 비용으로써 초래되는 상당한 비용을 그 송하인으로부터 받을 수 있는 권리를 가진다.

다섯째, 만약 운송물이 그 자체의 동일성을 잃게 된다면, 선박소유자는 운송물을 포기할 수 있다.³²⁵⁾

이상과 같이 기본적으로 항해용선계약이 프러스트레이션의 성립으로 종료되더라도, 선박소유자는 프러스트레이션 성립 이전에 수탁자로서 운송물을 받은 그 지위는 그대로 존속함을 확인할 수 있다. 뿐만 아니라, 송하인에게 운송물의 인도가 있기까지 발생한 비용은 송하인으로부터 배상 받을 수 있다. 프러스트레이션이 성립되어 계약이 종료됨으로써 송하인과 선박소유자 사이의 법률관계는 ‘묵시적 임치’로 파악되어야 한다고 생각한다. 따라서 선박소유자는 수탁인으로서의 지위에서 운송물을 송하인에게 인도해야 한다.

II. 定期傭船契約上의 效果

322) The Winson(1982) A.C. 939.

323) The Medina Princess(1965) 1 Lloyd's Rep. 361

324) The Jogoo(1981) 1 Lloyd's Rep. 513, The Myrto(1984) 2 Lloyd's Rep. 341

325) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 476.

1. 定期傭船契約上 프러스트레이션의 效果의 問題點

앞에서 살펴본 바와 같이 커먼로에서는 프러스트레이션 성립 이전에 발생한 권리는 법적 구속력이 있는 상태로 존속되지만, 프러스트레이션 성립시점 이전에 발생되지 않은 권리는 법적 구속력이 없으므로, 계약의 종료로 인한 손실을 감수하게 되는 특정사업자에게 해당 손실이 부과되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 프러스트레이션이 성립하는 시점을 기준으로 선불조건인가 후불조건인가에 따라서 당사자들 중의 어느 일방이 상당한 불이익을 입게 된다.

그런데 커먼로에서는 이러한 불공정성을 「約因의 全面的 不成就」법리로 해결했었다. 예컨대 Chandler v. Webster³²⁶⁾에서 임차인측 변호인은 「約因의 全面的 不成就」를 근거로 계약을 취소시킬 권리가 있으며 선불로 지급한 금액도 상환받아야 한다고 주장하였다. 그러나 본 사건을 담당했던 Collins M. R. 판사는 이 사건에서 「約因의 全面的 不成就」로 단정하는 것은 인정될 수 없는 것으로 판결하였다. 즉 이 사건에서는 프러스트레이션이 당사자들로 하여금 더 이상의 계약이행의무에 대해서만 면제시켜줄 뿐이지 계약을 처음부터 무효화시키는 것이 아니었기 때문에, 「約因의 全面的 不成就」가 성립되지 않는 것으로 판결되었다.

Chandler v. Webster사건의 판결 결과는 그 이후 많은 불만을 야기시켰다. 그리하여 그 당시의 많은 사법적 비판에도 불구하고, Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.³²⁷⁾(이하

326) (1904) 1 K.B. 493 ; 이 사건은 대관식행사의 관람을 목적으로 방을 임대한 사건이다. 방의 임대비용은 전액선불이었으나 임차인은 일부를 선불로 지불하고 나머지는 지불하지 못한 상태였다. 대관식행사의 취소로 인하여 임대계약이 취소되었는데 이에 법원은 임차인은 선불된 금액을 되돌려 받을 수 없을 뿐 더러, 나머지 지급되지 않은 금액도 지불해야 할 의무가 있는 것으로 판결하였다. 그 이유는 프러스트레이션 성립시점을 기준으로 했을 때 성립 이전에 이행되어야 할 대금지급 그대로 유효하기 때문이다.

327) 영국회사인 피고는 폴란드회사인 원고에게 특정 기계를 인도해주기 위해 C.I.F. Gdynia 조건으로 1939년 7월에 계약을 체결하였다. 그런데 1939년 9월

Fibrosa 사건이라 함)에 의해 Chandler v. Webster 사건에서의 판결 결과가 번복되었다. 즉, 이 사건에서 계약은 프러스트레이션 성립시점까지 완전하게 구속력이 존재하는 것이라는 커먼로 하에서의 일반원칙을 배제시키는데 성공하였다.³²⁸⁾

동 사건을 담당했던 Viscount Simon 판사는 “본인은 프러스트레이션이 성립되었을 때, 후발적 상황들로부터 야기된 계약의 프러스트레이션에 대해 왜 선불금을 반환받을 권리가 발생되어서는 안되는가에 대한 타당한 이유를 찾아볼 수가 없다. Chandler v. Webster 사건에서의 규칙은 잘못된 것이라는 결론이 성립되며, 따라서 원고측은 £ 1,000을 반환받을 수 있다.”라고 판시하였다. 또한 Russell of Killowen 판사는 “지불을 한 당사자는 그 지불금을 회복할 권리가 있다. 그것은 이행불능이 대금지불이 이루어진 것에 대한 「約因의 全面的 不成就」를 야기시켰다는 사실에 근거한 것이다. 본인의 견해로는 Chandler v. Webster 사건의 판결이 잘못된 것이라고 생각한다.”라고 판시하였다.

커먼로 하에서의 일반원칙에 따르면 원고의 선불금 £ 1,600에 대한 지급의무는 동 계약의 프러스트레이션 성립시점 이전에 이행되어야 하는 것으로서 선불금 지급시점에서의 계약은 유효한 상태에 있었기 때문에, 이는 반환받을 수 없게 된다. 그러나 본 사건을 담당했던 영국 상원은 準契約 하에서 선불된 대금은 반환되어야 하는 것으로 판결하였다. 즉 영국 상원은 Chandler v. Webster 사건에서의 영국 公訴審法院이 계약이 처음부터

23일에 Gdynia는 적의 점령지역이 되었다. 계약서에는 ① 만일 전쟁을 포함하여 매도인의 합리적인 통제범위를 벗어난 어떤 요인에 의해 출항이 방해를 받게 되면 적절한 연장기간이 허용되어야 한다는 내용과 ② 판매가격의 1/3은 주문이 이루어질 때 지불되어야 한다는 내용의 명시적 규정이 포함되어 있었다. 원고측은 판매가격의 1/3이 £ 1,600였음에도 불구하고, 실제로는 1939년 7월 18일에 £ 1,000만을 지불하였다. 이 사건에서 원고측은 계약서의 명시적 규정에도 불구하고 Gdynia가 적의 점령지역이 됨으로써 후발적 위법이 발생되었으므로 동 계약은 프러스트레이션이 성립된 것이며, 또한 선불금 £ 1,000를 반환받을 권리가 있다고 주장하였다.

328) H. G. Beale, W. D. Bishop & M. P. Furmston, op. cit., p. 302.

종료된 것이 아니면 「約因의 全面的 不成就」가 성립될 수 없는 것이라고 판결한 가설을 배제시키는데 성공하였다.

즉 Viscount Simon 판사는 約因의 의미를 구분함으로써 이를 극복하였는바, 그는 계약에 정상적으로 부여된 約因과 준계약적 차원에서의 約因을 구분하여 다음과 같이 설명하였다.

“어떤 구속력이 부여된 계약은 약속의 교환에 의해 성립되거나, 어떤 행위에 대한 약속의 교환에 의해 성립될 수 있다. 따라서 계약의 성립과 더불어 법률적으로 어떤 것을 행하기로 한 약속은 때로는 約因이 될 수도 있으나, 대금을 상환받게 되는 준계약적 권리에 관한 법을 고려하게 될 경우에는 이는 約因에 해당되는 약속이 아니라 약속의 이행으로 보아야 한다. 대금은 약속의 이행을 보장하기 위해 지불되었던 것이며, 만약 이행이 불가능해지면 대금지불이 이루어지도록 하는 요인은 충족되지 못하게 된다.”

Fibrosa 사건을 담당했던 Atkin 판사와 Macmillan 판사도 Chandler v. Webster 사건에서의 판결을 번복시키는데 동의하였다. 그 결과 Fibrosa 사건에서 폴란드 회사인 원고는 선불금을 반환받을 수 있었다.

Fibrosa 사건에서 확립된 이러한 원칙은 커먼로 상의 불공정성을 상당히 輕減시켜 주었다. 그러나 이러한 원칙은 「約因의 全面的 不成就」가 성립되는 사건이 발생한 경우에만 적용되는 것이기 때문에 모든 문제점을 제거시키는 데는 실패하였다.

이상의 판례에 의하면 당사자는 자신의 의사가 배제되므로 채무의 이행을 언제로 하는가에 의하여 일방적인 불이익을 감수해야 한다. 그러므로 이러한 판례의 태도는 많은 비판을 받았으나, 그 후 약 40년간 유지되었다.³²⁹⁾

Fibrosa 사건에 의하여 종래의 불합리는 어느 정도 해소되었으나, 아직도 다음과 같은 불합리한 점이 남아 있었다. 첫째는 금전의 지급자가 지불에 대하여 비록 근소하나마 일부라도 급부를 수취한 경우 즉 約因의 部分的 不成就(partial failure of consideration)의 경우에는 지불한 대금의

329) 木下毅, 前掲書, 271쪽.

반환을 전혀 받을 수 없고, 둘째는 지불자가 아무런 이익을 수취하지 못한 경우에는 대금수취자는 부분적 계약의 이행준비로 인하여 비용을 지출하였을지라도 그에 대하여 아무런 보상을 받을 수 없다는 것이다.³³⁰⁾ 이 점은 Fibrosa 사건을 담당한 법관에 의하여도 인정되었다. 즉 법관 중의 1인인 Simon 판사는 이러한 불합리가 존재하게 되는 것은 커먼로가 이 경우에 지불된 대금의 분할·배분을 인정하지 않기 때문이며 형평한 배분을 위해서는 입법이 필요하다고 하였다.³³¹⁾

그리하여 영국에서는 법률개정위원회의 권고에 따라 1943년 법률개혁법을 제정하게 되었으며, 이는 커먼로 상의 결함을 보완시켜 주고 있다. 이 법은 1943년 7월 1일부터 발효되어, 영국에서는 1943년 7월 1일 이후 현재까지 프러스트레이션의 효과에 관하여 적용되고 있다.³³²⁾ 이 법은 계약위반에 의해 계약이 종료되거나 프러스트레이션 법리의 적용에 의한 이유 이외의 어떤 다른 이유에 의해 계약이 종료된 경우에는 적용되지 않는다.

2. 1943년 法律改革法에 의한 프러스트레이션 法理의 變更

1) 「1943년 法律改革法」 상의 프러스트레이션 效果

영국에서는 Fibrosa 사건을 계기로 법률개정위원회의 권고에 따라 「Law Reform(Frustrated Contracts) Act, 1943」을 제정하였으며, 이는 일반적으로 법적 측면에서 근본적인 변화를 이룩한 것으로 인정되고 있다.³³³⁾ 다시 말해서 1943년 법률개혁법은 커먼로상의 규칙을 수정한 것으로 볼 수 있다. 이 제정법의 근본적 특징은 프러스트레이션에 의한 계약의 종료에 따르는 위험을 법원의 재량에 의해 다음과 같이 각 당사자에게 공정하게 배분시켜줄 수 있도록 하는데 있다.³³⁴⁾ 이하에서는 이러한 영국의

330) William R. Anson, *ibid* ; Michael M. Furmston, *op. cit.*, pp. 527~528 ; 이러한 문제점을 보여주는 것으로써 고용기간의 일부 밖에 이행하지 못하고 피용인이 사망한 경우에 그 가족이 아무런 대가를 받을 수 없었던 Whincup v. Hughes (1871) L. R. 6 C. P. 78 사건이 있다.

331) Michael M. Furmston, *op. cit.*, p. 527.

332) 1943년 법률개혁법 제1조 (1)항

333) M. P. Furmston, *ibid*, p. 571.

1943년 법률개혁법상에 나타난 효과를 고찰하고자 한다.

(1) 이미 先給되었거나 先給되어야 할 金錢

1943년 법률개혁법의 제1조 (2)항에서는 “계약이 종료되기 이전에 계약을 이행하는 과정에서 한 당사자에 의해 이미 지급되거나 또는 지급되어야 할 금액에 대하여 이미 지급된 경우에는 지급받은 당사자로부터 그 금액을 반환받을 수 있으며, 지급되어야 할 금액에 대해서는 지급이 중지된다.”³³⁵⁾라고 규정하고 있다. 따라서 만일 프러스트레이션을 야기시키는 사건이 발생되기 전에³³⁶⁾ 매수인이 매도인에게 물건구매가격의 전부 또는 일부를 지급하였다면, 그 금액을 모두 반환받을 수 있는 권리가 매수인에게 부여된다. 그리고 만일 계약의 이행과정에서 아직 지급되지는 않았으나, 프러스트레이션의 성립 이전에 지급이 이루어져야 하는 것으로 계약이 체결된 경우에는 매수인은 대금지급을 중지시킬 수 있는 권리가 있다.

또한 1943년 법률개혁법의 제1조 (2)항에서는 “이미 지급받았거나 지급받아야 할 당사자가 계약의 이행을 목적으로 계약종료시점 이전에 비용을 발생시킨 경우, 법원은 모든 상황을 고려하여 그의 행위가 정당한 것으로 인정되면 발생한 비용을 초과하지 않는 범위 내에서 이미 지급된 또는 지급되어야 할 금액의 전부 또는 일부를 그로 하여금 보유하거나 지급받을 수 있도록 허용해 줄 수 있다.”³³⁷⁾라고 규정하고 있다. 따라서 예를 들

334) 姜二秀, “국제거래에 있어서의 Frustration 법리의 적용에 관한 연구”, 國際商學의 諸問題 (정홍문화사, 1988), 49쪽.

335) “All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as ‘the time of discharge’) shall, in case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable”

336) 1943년 법률개혁법은 계약종료 이후에 관한 채권, 채무관계는 규정하고 있지 않다. 그 이유는 계약의 프러스트레이션 성립에 의해 계약이 자동적으로 종료되면, 양 당사자는 더 이상의 계약이행의무로부터 면제되기 때문이다.

337) “Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable

어 프리스트레이션을 야기시킨 사건이 발생되기 이전에 물건을 제조하는 과정에서 또는 포장하는 과정에서 매도인에 의해 발생한 비용은 만일 법원에서 매도인이 그렇게 행한 것이 정당한 것으로 인정되면, 그 매도인은 해당 사건이 발생되기 전에 매수인에 의해 지급된 또는 지급되어야 할 금액을 보유하거나 지급받을 수 있게 된다. 여기에서 「비용」이란 어떤 이윤요인을 제외시킨 순비용(net expenses)을 의미한다. 그러나 이 비용에는 매도인이 개인적으로 수행한 작업이나 서비스, 그리고 추가비용과 관련하여 합리적인 것으로 인정된 금액까지도 포함된다.³³⁸⁾ 단 계약체결 이전에 발생한 비용은 제외된다.³³⁹⁾

한편 1943년 법률개혁법의 제1조 (2)항에는 계약당사자가 계약의 프리스트레이션 성립시점 이전에 행해야 할 대금지급과 관련된 의무 이외의 다른 의무를 이행하는데 실패한 경우, 해당 당사자의 면책에 관한 규정내용은 없다. 따라서 계약당사자들은 프리스트레이션 법리의 적용에 의한 계약종료시점 이전의 이행의무 중에서 대금지급과 관련된 의무 이외의 모든 의무를 이행하지 않으면 안된다.

영국에서와 마찬가지로 미국에서도 판례 및 주식계약법에 의하여 일찍부터 반대채무가 이행된 경우에 이에 대한 不當利得返還請求를 인정하였으며 나아가 지출비용, 즉 信賴利益의 原狀回復에 관하여는 문언상 이를 정면으로 인정하지는 않으면서도 반환해야 할 부당이득으로서의 이득개념을 확대함으로써 이를 인정하고 있다.³⁴⁰⁾ 즉 상대방에게 실질적인 이득이

incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it consider it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.”

338) A. G. Guest, op. cit., p. 224.

339) Lloyd v. Stanbury(1971) 1 W. L. R. 535 ; Anglia Television Ltd. v. Reed(1972) 1 Q. B. 60 ; Brewer Street Investments Ltd. v. Barclays Wollen Co., Ltd.(1954) 1 Q. B. 428 ; Willaim Lacey (HounsLaw) Ltd. v. Davis(1957) 1. W. L. R. 932.

340) Joseph M. Perillo, "Restitution in a Contractual Context", *Columbia Law Review*, Vol.1208 (1973) 참조.

없음에도 불구하고 급부의 결과보다도 이행 자체를 이득이라 하여 소위 이득개념을 희박화 함으로써, 이득반환이라는 종래의 법적구성을 사용하면서 실질적으로는 신뢰이익에 법적보호를 주고 있다. Fuller에 의하면, 법원은 「原狀回復」이라는 別名 아래에서 신뢰이익을 보호하고 있다고 한다.³⁴¹⁾

Albre Marble & Tile Co. v. John Browen Co. 사건³⁴²⁾에서 원고는 피고가 건축하고자 하는 병원의 Tile 및 대리석의 납품 및 시공을 하기로 계약하였다. 그러나 피고가 厚生省과 체결한 계약이 법원에 의하여 무효가 되어 병원을 건축할 수가 없게 되었다. 원고는 그간 샘플비용, 테스트 비용 등의 사전준비에 지출된 비용을 청구하였으나 피고는 원고의 Tile 및 대리석 납품 및 시공은 건축공사가 상당히 진행된 후에 가능한 것이며 또한 실제 납품한 것이 없으므로 지급할 수 없다고 하였다. 법원은 이 경우 피고에게 이익은 없으나 원고가 지출한 비용에 대하여 상환할 것을 판시하였던 것이다.³⁴³⁾

주석계약법 상으로도 제1차는 이행불능의 경우에 준계약상의 부당이득반환청구를 인정하였고,³⁴⁴⁾ 더 나아가 제2차는 법원은 당사자의 신뢰이익을 보호하기 위한 청구를 허용할 수 있다고 규정하였다.³⁴⁵⁾

(2) 金錢 이외의 利益

커먼로에서는 프러스트레이션 성립시점에서 아직 발생하지 않은 권리들은 법적 구속력이 없는 것으로 적용되어 왔다.³⁴⁶⁾ 예를 들어 만약 어느 건축가가 작업완성시 £ 25,000를 지급받는 조건으로 가옥을 짓기로 계약

341) 木下毅, 前掲書, 278쪽.

342) (1959)338 Mass. 394, 155 N. E. 2d 437 ; Lon L. Fuller and Melvin Aron Eisenberg, *Basic Contract Law*(ST. Paul, Minn : West Publishing Co., 1981), pp. 893~896.

343) 이 사건에서는 피고가 후생성과의 계약이 무효가 된 점에 대하여 과실이 있다고 인정된 것도 영향이 있었다.

344) Restatement, Contract, §468.

345) Restatement, Contract(2d), §292.

346) G. H. Treitel, op. cit., p. 687.

을 체결하였다면, 그는 가옥완성 이전에 동 계약의 프러스트레이션이 성립될 경우 £ 25,000을 지급받을 수 없게 된다. 예를 들어 Cutter v. Powell 사건³⁴⁷⁾에서는 항해종료 이후 대금을 지급받기로 계약을 체결한 한 선원이 항해 도중 사망하게 되었는데, 그의 부인은 그가 사망 이전에 제공한 서비스에 대한 아무런 대가도 보상받을 수 없었다.

커먼로상의 이러한 불합리한 원칙들은 1943년 법률개혁법의 제1조 (3)항에 의해 수정되었으며, 1943년 법률개혁법의 제1조 (3)항에서는 “계약의 이행과정에서 또는 계약을 이행할 목적으로 상대 당사자에 의해 행해진 어떤 행위의 결과로 인해 계약을 체결한 한 당사자가 계약종료시점 이전에 어떤 가치가 있는 이익(1943년 법률개혁법 제1조 (2)항이 적용되는 대금지급 이외의)을 획득하게 된 경우, 법원은 이를 획득한 당사자의 이익의 가치를 초과하지 않는 범위 내에서 상대 당사자에게 해당 사례의 모든 상황을 고려하여 공정하다고 판단되는 금액을 반환받을 수 있도록 허용해 줄 수 있다”³⁴⁸⁾라고 규정하고 있다.

따라서 만일 A가 작업완료시 £ 500를 지급받기로 하고 B의 가옥을 장식해주기로 계약을 체결하였는데 해당 가옥의 절반을 장식해준 후 A가 사망하였다면, 1943년 법률개혁법의 제1조 (3)항의 규정에 의하여 A의 이행분에 대한 가치를 A의 대리인이 지급받을 수 있게 된다. 마찬가지로 앞의 Cutter v. Powell 사건에서 1943년 법률개혁법의 제1조 (3)항을 적용시키게 될 경우, 선원의 부인은 항해의 일정기간 동안 사망한 선원이 제공한 서비스의 대가를 지급받을 수 있게 된다.

347) Cutter v. Powell(1975) 6 T. R. 320

348) “Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party there to in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit(other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum(if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case.”

1943년 법률개혁법의 제1조 (2)항이 대금지급과 관련된 사항에 관한 규정인 반면, 제1조 (3)항은 대금지급 이외의 이익에 관한 규정이다. 그러나 이러한 경우 법원은 제1조 (3)항의 규정하에서도 제1조 (2)항의 규정내용과 동일한 결과를 초래하게 할 수 있는 바, 그 이유는 「가치있는 이익」을 획득한 당사자가 이에 대하여 얼마를 지급해야 하는가를 결정하는 과정에서 계약이행을 목적으로 자신이 발생시킨 비용이 고려될 수 있도록 1943년 법률개혁법의 제1조 (3)항에서 규정하고 있기 때문이다.³⁴⁹⁾

(3) 分離 可能한 契約

1943년 법률개혁법의 제2조 (4)항³⁵⁰⁾에서는 분리 가능한 계약에 관하여 규정하고 있다. 즉 프러스트레이션 법리의 적용에 의한 계약종료시점 이전에 계약의 일부가 완전히 이행된 경우 1943년 법률개혁법은 그 계약의 나머지 부분에 대해서만 적용될 수 있게 된다. 따라서 법원에서는 그러한 계약의 일부를 독립된 계약으로 취급하게 되므로, 이미 이행된 부분은 계약의 프러스트레이션이 성립되지 않고 1943년 법률개혁법 제1조의 규정은 그 계약의 나머지 부분에 대해서만 적용된다.³⁵¹⁾

예를 들어 네 단계로 분할하여 인도되는 물건매매계약으로써 대금지급이 독립적으로 이루어지는 경우³⁵²⁾, 두 번째 단계분이 인도된 후 세 번째 단계분이 인도되기 전에 계약의 프러스트레이션이 성립되었다고 가정해 보자. 이에 대해 법원은 앞의 두 번째 단계분까지는 독립적인 계약으로 취급하여 계약의 프러스트레이션을 성립시키지 않고, 세 번째 및 네 번째

349) 1943년 법률개혁법 제1조 (3)항 (a).

350) “where it appears to the court that a part of any contract to which this Act applies can properly be severed from the remainder of the contract, being a part wholly performed before the time of discharge, or so performed except for a payment in respect of that part of the contract as if it were a separate contract and had not been frustrated and shall treat the foregoing section of this Act as only applicable to the remainder of that contract.”

351) 1943년 법률개혁법 제2조 (4)항.

352) S. G. A, 1979 제31조 (2)항.

단계분에 대해서만 1943년 법률개혁법의 제1조를 적용시킬 수 있게 된다.

예를 들어 *Stubbs v. Holywell Ry.* 사건³⁵³⁾에서는 특정 엔지니어가 다섯 분기에 걸쳐 £500를 분할해서 지급받기로 하고 15개월 간 고용되었다. 그런데 두 회기를 마친 뒤에 그가 사망하였다. 이 사건에서는 커먼로 상의 일반원칙에 따라 그의 유산관리자는 그의 사망 후 £200를 청구해서 받아 내는데는 성공하였으나 사망자가 세 번째 회기분 중 두 달 동안 일한 대가에 대해서는 커먼로상의 일반원칙에 따라 대금지급을 받지 못했다. 그러나 이러한 경우 1943년 법률개혁법에서는 세 번째 회기분 중의 그의 두 달간의 작업량에 대한 대금지급을 받을 수 있도록 규정하고 있다. 즉 1943년 법률개혁법의 제2조 (4)항에서는 이행된 계약의 일부가 그 나머지 계약으로부터 분리될 수 있다면, 이는 독립된 계약으로 취급되는 것이라고 규정하고 있다. 따라서 이러한 경우, 1943년 법률개혁법의 제1조의 규정이 독립된 계약의 나머지분에 대하여 적용될 수 있게 된다.

2) 規定適用이 排除되는 경우

양 당사자들은 계약의 프러스트레이션을 성립시키는 사건에 대한 위험을 분담하려는 의도 하에 이에 관한 구체적인 합의내용을 계약서상에 명시적으로 규정해 둠으로써 1943년 법률개혁법의 적용을 배제시킬 수 있으며,³⁵⁴⁾ 또한 특정 형태의 계약은 1943년 법률개혁법의 적용으로부터 배제되고 있다.³⁵⁵⁾ 1943년 법률개혁법의 적용으로부터 배제되는 특정 형태의 계약은 다음과 같다.

(1) 海上物件運送契約 또는 航海傭船契約³⁵⁶⁾

용선계약의 경우 정기용선계약과 선체용선계약은 1943년 법률개혁법의 배제규정에서 제외시키고 있어서, 정기용선계약과 선체용선계약은 1943년 법률개혁법의 적용을 받게 된다. 따라서 엄격하게는 해상물건운송계약과 용선계약 중의 항해용선계약만이 1943년 법률개혁법의 적용으로부

353) *Stubbs v. Holywell Ry.* (1867) L. R. 2 Ex 311.

354) 1943년 법률개혁법 제2조 (3)항.

355) 1943년 법률개혁법 제2조 (5)항 (a),(b),(c).

356) 1943년 법률개혁법 제2조 (5)항 (a).

터 배제된다고 볼 수 있다.

이처럼 항해용선계약을 제외시키는 이유는 전통적으로 상인들에게 잘 알려져 있는 다음의 두 가지 규칙을 수호하기 위한 것이라 할 수 있다. 즉 첫째로, 항해용선계약의 경우 만약 계약서에 운임은 항해가 종료될 때까지 지급하지 않기로 규정하고 있다면, 프러스트레이션을 성립시키는 사건발생에 의해 계약서에 명시된 도착항에 도착하지 못하게 되는 경우 선주는 이에 대한 보상을 요구할 권리가 없다. 예를 들어 만일 합의된 항구가 Hamburg이고 독일과의 전쟁돌발에 의해 선주가 Antwerp 항에 머무르게 된 경우 화주가 자발적으로 Antwerp 항에서의 인도를 받아들이지 않는 한 선주는 운임을 받을 수 없게 된다.³⁵⁷⁾ 둘째로, 운송중 화물이 소멸되었다 하더라도 화주는 운임을 지급해야 하며 선불로 지급된 운임을 반환받을 수 없다.³⁵⁸⁾ 그러나 이러한 두 가지 원칙들의 적용에 의해 야기될 수 있는 위험에 대비하여 선주 및 화주는 관습적으로 보험계약을 체결하게 된다.³⁵⁹⁾

(2) 保險契約

보험계약의 본질은 계약의 전체적인 위험에 대비해 성립된 것이며, 위험이 발생되지 않았다고 해서 이미 지급된 보험료에 대한 대금반환이 이루어지지 않는다.³⁶⁰⁾ 따라서 만약 특정 선박이 부과된 여러 위험들 중의 한 위험에 의해 보험계약기간이 개시된 첫째 날에 소멸되었을 경우, 보험자는 전체 손실에 대해 모두 보상해 주어야 한다. 반대로 만약 특정 선박이 보험계약기간 중 어느 때이건 보험계약서에 명시되어 있지 않은 어떤 다른 위험에 의해 소멸되었다면, 보험자는 피보험자에게 보험금을 지급하지 않고 보험계약자가 지급한 보험료 전체를 소유할 수 있게 된다.³⁶¹⁾

(3) 特定の 物件賣買契約

357) St. Enoch Shipping Co. v. Phosphate Mining Co.(1916) 2 K. B. 624, 625.

358) Byrene v. Schiller(1871) L. R. 6 Ex. 319 ; ch. Compania Baviera General v. Kerametal Ltd.(1981) 2 Lloyd's Rep. 359.

359) M. P. Fumston, op cit., p. 554.

360) Tyrie v. Fletcher(1777) 2 Cowp. 666, 668.

361) G. H. Treitel, op. cit., p. 692.

1943년 법률개혁법의 제2조 (5)항 (c)에서는 “특정물이 소멸되었다는 이유에 의해 계약이 종료된 경우로써 그 특정물에 대한 매매계약 또는 인도조건부 매매계약인 경우이거나, S. G. A., 1893의 제7조가 적용되는 계약”³⁶²⁾의 경우, 1943년 법률개혁법의 적용을 배제시키고 있다. 이러한 경우는 위험이전시점을 기준으로 커먼로상의 일반원칙에 근거해 처리되고 있다.

第3節 프러스트레이션 排除約款의 效力

계약체결시 후발적 사고로 인하여 이행이 어렵게 되거나 목적을 달성할 수 없게 되는 경우에 대하여 계약당사자 간에 약정이 없어야 한다. 왜냐하면 사건의 법적 결과들은 커먼로 보다 오히려 계약 약관을 적용하여 결정되어야만 하기 때문이다. 약정이 있을 경우에는 계약이 종료되지 않고 이행이 불가능하게 되면 손해배상의 문제가 제기되게 된다. 그러므로 프러스트레이션이 성립되기 위해서는 당사자가 체결한 계약서상에 이와 관련한 약정이 존재해서는 안된다. 계약당사자 간의 약정 내용상 예측하지 못한 사건의 포함될 경우는 이는 프러스트레이션 법리가 적용되지 않고 위험인수 원칙이 적용되는 것이다. 즉 불측의 사건으로 인하여 발생한 위험이 누구에게 이전되는지에 대한 문제이다.³⁶³⁾

362) “to any contract to which section seven of the Sale of Goods Act, 1893(which avoids contract for the sale of specific goods which perish before the risk has passed to the buyer) applies, or to any other contract for the sale, or for the sale and delivery, of specific goods, where the contract is frustrated by reason of the fact that the goods have perished.”

363) 프러스트레이션과 위험인수가 문제되는 계약으로는 물건매매(Sale of Goods)를 들 수 있다. 이 계약은 물건이 특정된 경우와 특정되지 않은 경우, 위험이 매수인에게 이전되지 않은 경우와 이전된 경우로 구분 할 수 있다. 전자의 경우, 특정된 물건이 위험(물건매매법 §20에 의하면 인도여부와는 관계없이 소유권의 이전과 함께 위험은 매수인에게 이전한다. 영국에서는 물건의 소유권은 당사자의 의사에 의하여 이전한다)이 아직 매수인에게 이전하

실제로 매매계약에서 계약당사자들은 그들이 통제할 수 없는 사건으로 인하여 이행이 방해되는 경우는 책임을 면하기 위하여 계약서에 명시적 규정³⁶⁴⁾을 설정하고 있다. 이러한 명시적 규정들은 계약위반에 대한 면책의 근거로서 운영될 뿐만 아니라, 프러스트레이션 법리의 적용을 배제시켜 주게 된다. 그러나 이러한 명시적 규정은 모든 경우에 절대적으로 적용되지 아니하며, 해당 사건의 제반 상황을 고려하여 적용되게 된다.

프러스트레이션이 발생하여 계약이 종료하는 경우에는 양당사자의 계약상의 채무가 해소되나, 위험인수의 원칙이 적용되는 경우에는 채무는 소멸하지 않으며, 단지 위험을 인수하게 되는 당사자의 책임이 문제가 된다.³⁶⁵⁾ 당사자는 법에 의하여 부과되는 위험뿐만 아니라 自意에 의하여 그 이상의 위험도 인수할 수 있기 때문이다.³⁶⁶⁾ 당사자가 위험을 인수한 것인지에 대한 판단은 물론 계약내용을 중심으로 하게 되나, 법원은 모든 사정을 고려하여 일방당사자가 위험을 인수³⁶⁷⁾한 것으로 본다.³⁶⁸⁾

지 않은 상태에서 멸실하면 그 계약은 무효가 된다(물건매매법 §7 ; U.C.C. §2-613(a)). 이 경우 무효라 함은 매도인은 프러스트레이션의 적용을 주장할 수 있다는 것이다. 양당사자는 계약으로부터 면제된다. 특정된 물건의 위험이 매수인에게 이전한 후에는 물건이 비록 매도인이나 운송인의 수중에 있다 하더라도 멸실로 계약은 종료하지 않는다. 즉 계약은 여전히 존속하고 당사자 간의 위험인수가 문제된다. 이 경우 위험은 매수인에게 있으므로 매도인은 물건의 인도의무를 면하나, 매수인은 여전히 대금지급의무가 있으며 손해를 초래한 자는 그 배상책임이 있다.

364) 이러한 조항에는 불가항력조항이나 수출금지조항 등이 있으며, 내용은 특정 사건의 발생으로 계약의 취소, 선적기간의 연장, 계약의 중지 또는 연장기간 후에도 이행이 불가능해질 경우 그 마감일에 계약이 종료되는 중지기간 등을 규정하고 있다.

365) A. G. Guest, op. cit., p. 244.

366) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 566 ; Restatement, Contract (2d), §§261 & 265 ; G. H. Treitel, op. cit., p. 593.

367) 위험의 이전에 대하여는 P. M. Roth, "Passing of Risk", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.27 (1979) 참조.

368) Wills v. Shockey (1960) 52 Det. 295, 157 A. 2d 252 ; U.C.C. §2-615.

문제가 되는 것은 실제로 발생한 不測의 사정이 상상했던 것보다 더욱 근본적이고 엄청난 경우에도 위험을 인수한 것으로 볼 수 있는가 하는 것이다. 만약 약관의 취지가 어떠한 사태발생도 포괄하는 완전하고 배타적 해결책으로 의도된 것이었다면 위험을 인수한 것으로 보아야 할 것이나 그러한 의도가 아니었다면 위험을 인수하지 않은 것으로 보아야 할 것이다.³⁶⁹⁾ 위험의 인수여부 즉 프러스트레이션의 적용배제에는 어려움이 많다. 이 원칙은 결국 누구에게 위험을 부담시키는 것이 사회적으로 타당한가 하는 것이다.³⁷⁰⁾

이에 대한 판례로는 Fairclough Dodd & Jones Ltd. v. J. H. Vantol. Ltd. 사건³⁷¹⁾을 예로 들 수 있는데 이 사건에서 특정원인으로 선적이 지연될 경우 두 달 동안 선적이 연장된다는 조항이 계약서에 명시되어 있었다. 이에 법원은 비록 지연의 원인으로 작용한 사건이 일정기간 동안만 발생하였다 하더라도 두 달간 선적기간의 연장이 허용되어야 하며, 만약 두 달 후에도 계속하여 지연될 경우 매도인이 면책된다고 판시하였다.

계약서에 프러스트레이션의 성립을 배제시키는 기간에 대한 명시적 언급이 없는 경우 계약의 연기는 합리적인 기간에 한하여 프러스트레이션의 성립을 배제시킨다. 그리고 실제로 발생한 예측하지 못한 사건이 명시적 규정에서 예상했던 것과 근본적으로 차이가 나는 경우, 약관의 취지가 어떠한 사태발생도 포괄하는 완전하고도 배타적인 해결책으로 의도된 것이라면 프러스트레이션의 적용이 배제되나, 그러한 의도가 아니었다면 프러스트레이션 법리가 적용된다.³⁷²⁾

I. 航海傭船契約上の效力

용선계약이 사건에 대한 몇몇 약관만을 달고 있다는 단순한 사실이 프러스트레이션의 성립을 배제하지 않으며, 그 조항이 계약기간 동안에 발생한 상황에 적용되지 않는 경우나, 발생한 지연이나 중단의 정도가 약관에

369) Michael M. Furmston, op. cit., p. 521 ; Arnold D. McNair, op. cit., p. 156.

370) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, op. cit., p. 566.

371) Fairclough Dodd & Jones Ltd. v. J. H. Vantol. Ltd. (1957) 1 W. L. R. 136.

372) M. D. Furmston, op. cit., pp. 552~553.

서 예상하고 있는 것보다 더 큰 경우에도 프러스트레이션은 여전히 성립할 것이다.³⁷³⁾

예컨대 Bank Line v. Capel 사건³⁷⁴⁾에서 The Quito 선박은 ① 만약 선박이 4월 30일까지 인도되어지지 않는다면 또는 ② 만약 선박이 용선계약기간 동안 징발된다면, 용선자가 취소할 수 있다는 선택권을 명백히 언급하고 있는 용선계약 하에서 12개월간 용선되었다. 어떤 유사한 선택권도 선박소유자에게 언급되어지지 않는 않았다. 인도전에 선박은 징발되었고, 9월까지 해제되지 않았다. 선박소유자는 용선계약은 지연에 의하여 프러스트레이션 되었다고 주장했고, 취소할 수 있는 선택권의 효과에 대한 문제를 제기하였다. 이에 대법원은 계약이 프러스트레이션 되기에 충분한 것들이 부족한 상황에서 그 선택권은 징발을 예상했었고 따라서 프러스트레이션 법리가 적용되는 것을 막지 못했다고 판결했다.

유사한 접근이 Fibrosa v. Fairbairn 사건³⁷⁵⁾에서 찾아 볼 수 있다. Viscount Simon 판사는 “그 원칙은 당사자 어느 쪽의 불이행에도 기인한 것이 아닌 후발적 사건들이 계약의 이행을 무기한으로 불가능하게 하도록 한 경우나, 어떠한 사건에 있어 꼭 해야만 하는 어떠한 약속이 없는 경우, 비록 당사자들이 분명히 제한된 중지의 경우를 규정하고 있을지라도, 프러스트레이션은 결과로써 발생된다는 것이다.”

따라서 비록 파업, 전쟁 등의 경우에 당사자들의 권리들을 규정하는 정교한 약관들이 쥘콘 용선계약서에 규정되어 있을지라도, 이행이 이러한 원인들에 의해서 충분하게 방해받은 경우라면 이러한 약관들 어느 것도 프러스트레이션의 법리를 완전히 배제하지 않는다. 파업의 경우, 예를 들어 만약 그 지연이 항해를 프러스트레이션 시키는 것과 같다면 용선자들이 하역항에서 절반의 체선료로 그 선박을 기다리게 할 권리를 가져서는 안 된다. 또한 The Penelope 사건³⁷⁶⁾을 참조하면, 용선계약에서 파업약관이 파업에 의한 용선계약의 프러스트레이션을 방해하지 않는다고 판결했

373) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, *ibid.*, p. 467.

374) (1919) A.C. 435.

375) (1943) A.C. 32.

376) (1928) P. 180

다. 유사하게, 만약 선박이 이행을 근본적으로 다르게 만들 만큼의 오랜 기간 동안 얼음에 의해서 지연되었다면, Gencon 용선계약서상의 얼음약관은 용선자가 프리스트레이션의 범리에 호소하는 것을 배제해서는 안 된다. 비록 이행이 얼음에 의해서 영향을 받아진 경우에 있어 그 약관이 용선자의 권리들은 부여하고 있지 않고, 선박소유자의 명백한 권리들을 부여하고 있다 할지라도 그러하다.³⁷⁷⁾

또한 전쟁위험약관의 관점에서 전쟁위험에 의한 용선계약의 프리스트레이션 성립여부가 의문시 된다. 용선계약의 전쟁약관의 존재에도 불구하고 용선계약이 전쟁위험에 의해서 프리스트레이션 되었다고 판결되었다.³⁷⁸⁾

Kodros Shipping v. Empresa Cubana (The Evia (No.2))사건에서, 대법원은 불타임 전쟁약관들이 이행불능법리의 시행을 배제하지 않으며, Voywar 약관들의 경우에 그 결과가 다소 다르다고 생각할 만한 이유가 전혀 없다고 판결했다.

그러나 선박소유자가 그들의 권리를 즉시 행사하는 한, 전쟁에 의한 항구의 폐쇄와 같이 잠재적으로 프리스트레이션 되는 사건도 프리스트레이션이 되지 않는다는 것이 꽤 가능하다. 프리스트레이션이 된 사건이 프리스트레이션의 효과를 가지기 전의 법률에 의해 허락된 시간의 기간 동안에 용선계약은 종결되지 않으며, 허용 가능한 이행범위가 그들 권리의 행사에 의해서 확대되어지기 때문에 계약 내에 포함된 권리는 유효하게 유지되며 따라서 이행은 여전히 가능하게 된다.

그러나 그 문제는 예를 들어, 프리스트레이션이 되는 사건이 선박에게 손해를 주게 되는 경우 훨씬 민감해진다. 만약 선박이 너무나 심하게 손상되어 프리스트레이션의 기간 내에 처음에 계약되어진 항해가 전혀 유지될 수 없고, 따라서 항해가 프리스트레이션이 되었다면 그 후에 주장되는 가장 가까운 항구로 가서 하역을 할 권리의 실행은 유효하지 않으며 또는 용선계약의 존재를 유지하지 못한다고 진술하였다. 이 경우 프리스트레이션

377) Julian Cooke, Timothy Young and Andrew Taylor, op. cit., p. 468.

378) Anglo Northern Trading v. Emlyn Jones & Williams (1918) 1 K. B. 372 ;
Tatem v. Gamboa(1939) 1 K.B. 132.

이후에, 용선계약은 종결되어야만 하고, 게다가 권리들은 용선계약 속에 포함되어 있으므로 허용 가능한 이행범위가 확대되기 전에 그 계약은 프러스트레이션 되어야 한다.³⁷⁹⁾

II. 定期傭船契約上の 效力

계약체결 당시에 당사자가 특정한 사건을 고려하거나 예상했더라도, 당사자들이 그에 관한 명시적 규정을 두지 않았거나, 그 규정이 발생한 다른 사건들을 모두 포함하는 것이 아니라면 프러스트레이션 법리는 적용된다.

‘예측된 사건’과 관련된 사건으로 Ocean Tramp Tankers v. Sovfracht(The Eugenia) 사건을 들 수 있다. 이는 사건 당사자들이 발생될 사건(수에즈 운하의 폐쇄)을 위한 하나의 조항을 만들면서 숙고했었으나, 합의에 이르지 못하여 만약 뜻하지 않은 사건이 발생한다면, “변호사들이 해결하도록 허용하기”로 결정한 사건이다. 이에 관해 Denning, M. R. 판사는 프러스트레이션 법리 적용이 이런 이유로 배제되지 않는다고 판시했다.

용선계약에 발생할 사건들을 명시된 조항으로 만든 경우 문제시 되는 것은 그 규정이 하나의 완벽한 조항인지의 여부이다.

Bank Line v. Capel 사건³⁸⁰⁾에서 용선계약은 선박이 “용선계약기간 동안 정부에 의해 징발된다면 용선계약자들이 해약의 선택권을 가진다.”라는 명시된 조항을 포함했음에도 불구하고 법원은 용선계약의 프러스트레이션이 성립된다고 판결하였다.³⁸¹⁾

이행의 지연이나 중지의 결과로 인하여 프러스트레이션이 주장될 때, 용선계약상의 조항들은 사실의 기반 위에서 그들이 새로운 상황을 대처하기에 충분히 광범위한 것인지 아닌지를 알기 위해 문맥상 검토되어야 한

379) Davis Contractors v. Fareham U.D.C. (1956) A.C. 696.

380) (1919) A.C. 435.

381) Finlay 판사는 선택권을 주는 그 조항은, “단지 징발된 선박의 경우에, 용선 계약자들은 그 유치가 당국의 의미 내에서 계약을 끝낼 만큼 길게 유지되었다는 것을 입증할 필요 없이 즉시 용선계약을 취소할지도 모른다는 것을 의미하는 것이다”라고 말했다.

다. 그렇지 않으면 즉, 실제로 프러스트레이션을 야기시키는 매우 근본적인 상황을 대처하기에 거의 충분히 광범위하지 않으면, 프러스트레이션이 성립되지 않을 것이다. Fibrosa v. Fairbairn 사건³⁸²⁾에서 Viscount Simon 판사는 “어느 한 당사자의 과실 때문이 아니라, 잇달아 발생하는 사건들이 계약의 이행을 무기한으로 불가능하게 만드는 경우, 그리고 어떤 사건에 해당된다는 약속이 없는 경우, 비록 당사자들이 한정된 중지의 사례를 특별히 대비해왔더라도 프러스트레이션이 결과적으로 일어난다는 것이 원칙이다.”라고 주장하였다.

382) (1943) A.C. 32.

第5章 商法上の 프러스트레이션 法理의 導入方案

英美法上 당사자의 귀책사유 없이 사건이 발발로 인하여 생긴 위험에 대하여 계약당사자의 公正한 危險配分을 위한 것이 프러스트레이션 법리이다. 대륙법계인 우리나라의 경우는 英美法上 판례로 정립된 프러스트레이션 법리와 유사한 개념으로 事情變更의 原則과 歸責事由 없는 後發的履行不能이 제시되고 있다. 이 두 가지의 원칙은 프러스트레이션 법리와 유사하나, 구체적으로 국내법에 반영되어 있지 않고, 事情變更의 原則과 같은 경우는 그 적용에 있어 현재 논란의 대상이 되고 있다. 따라서 商法上 특히 定期傭船契約과 관련하여 발생할 수 있는 先拂된 傭船料 返還과 관련한 문제점을 해결하기 위한 立法方案을 제시하기 위해서는 이러한 既存學說에 대한 考察은 불가피하다.

이하에서는 프러스트레이션 법리와 유사한 대륙법계의 개념을 고찰하고 우리 民商法上 프러스트레이션 법리가 가지는 법적 지위를 고찰한 후, 商法上の 프러스트레이션 法理의 導入을 위한 立法方案을 提示하고자 한다.

第1節 프러스트레이션의 本質

계약은 계약체결 이후에 있어서의 사정변경으로 인하여 계약의 이행이 불가능하게 되었거나 또는 불법한 것으로 되었거나 또는 계약의 이행을 당사자들이 계약체결시에 생각하고 있었던 바와 근본적으로 다른 것으로 만드는 사건이 발생한 경우에, 프러스트레이션이 성립된다. 다시 말하면, 당사자들이 契約締結의 契約目的達成이 불가능하게 된 경우에는 계약은 自動的으로 終了되게 된다.

프러스트레이션 법리의 效果는 계약이 法の 作備에 의하여 自動적으로 解消되는 것이다. 즉, 법에 의하여 契約이 自動적으로 종료하며, 해제와 같은 행위는 필요 없다. 契約당사자 모두가 義務를 면하게 된다. 契約目的 達成不能에 의한 契約의 종료는 契約의 自動적이고 전면적인 해소이다. 프러스트레이션 법리의 이러한 效果는 한국이나 독일의 行爲基礎論의 效果와 약간 다른 점이다. 행위기초론은 행위기초가 탈락한 경우, 우선 契約을 變化된 事정에 적용시켜 존속시켜 보려고 시도하고, 이것이 불가능한 경우에만 契約의 終료를 인정한다.

프러스트레이션은 그 效果로서 契約의 自動적 終료를 가져오는 점에서 과격한 해결방안이라고 할 수 있고, 따라서 그 적용은 오히려 가혹한 結果를 가져올 수도 있다. 이 법리의 적용에 대해서는 두 方面에서 契約이 加하여지고 있다.³⁸³⁾

그 하나는 裁判에 있어서의 限界이다. 법원은 契約체결 이후에 발생한 事건이 契約의 基本적 前提, 다시 말해 한국이나 독일 민법의 이론이나 판례가 행위기초라고 부르고 있는 것을 파괴한 경우에만 프러스트레이션 법

383) 契約목적달성의 불능의 원칙은 절대적 약속의 문구대로의 이행을 요구하는 커먼로의 엄격성을 완화하기 위하여 발전된 것이다. ...이 원칙의 목적은 중대한 事정의 變化가 일어난 후에 契約을 契約조항의 문구에 따라 강제 실현하는 데서 結果가 될 수 있는 不正義를 회피하기 위한 하나의 方便으로서, 정의의 요구에 응하고, 옳고 합리적인 結果를 달성하고, 합리적이고 공정한 일을 하는 것이다. ...계약목적달성의 불능의 효과는 契約을 죽이고 당사자들을 契約상의 앞으로의 책임으로부터 해방시켜 주는 것이기 때문에 이 원칙은 쉽게 적용되어서는 안되고, 좁은 한계 안에서만 유지되어야 하고, 확대되어서는 안된다. ...계약목적달성의 불능은 契約을 죽각, 그리고 더 이상의 아무런 행위의 필요 없이 自動적으로 종료시킨다. ...계약목적달성불능의 본질은 契約목적달성을 원용하는 당사자의 행위나 선택을 필요로 하지 않는다는 것이다. 契約목적달성을 불능케 하는 사건은 외부적인 사건 또는 事정의 외부적인 變化이어야 한다. ...계약목적달성을 불능하게 하는 사건은 이 사건을 원용하는 당사자 측의 비난받을 일과 잘못이 없이 일어난 것이어야 한다 ; J. Lauritzen AS v. Wijsmuller B. V., The Super Servant Two(1990) 1 Lloyd's Rep 1.

리를 적용해주고 있다. 즉 계약당사자들이 계약체결 시에 그들의 계약의 당연한 기초 내지는 전제로서 생각하고 있었던 주관적 및 객관적 사정이 사후의 사정변경으로 인하여 근본적으로 소멸한 경우에만 이 법리를 적용하고 있다.

다른 하나는 商去來上의 制限이다. 상거래 당사자들은 이 법리로 가져올 수 있는 불확실성을 피하고 그들의 거래의 안전성을 확보하기 위하여 ‘反對約定’에 의하여 이 원칙의 적용을 배제하는 경우가 많다. 즉 당사자들은 프러스트레이션을 야기하는 사건이 발생한 경우에 이것을 어떻게 처리할 것이냐에 관하여 미리 약정해 두는 일이 많다. 그러한 약정이 있으면 프러스트레이션 법리는 적용되지 않는다.³⁸⁴⁾

I. 既存學說

1. 事情變更의 原則

上述한 英美法上의 프러스트레이션 법리가 취급하는 문제는 대륙법계에서는 일종의 事情變更의 原則(Clausula rebus sic Stantibus)으로 파악될 수 있다. 사정변경의 원칙은 독일의 行爲基礎論, 프랑스의 不豫見論 그리고 일본의 事情變更의 原則을 통칭한 것으로 현재 우리나라에서는 事情變更의 原則이 신의성실의 원칙의 파생원칙으로만 인정되고 있을 뿐이고 일반규정으로 명문화되어 있지 않다. 따라서 계약의 기초가 변경되는 사정이 발생하더라도 당사자는 원래의 계약내용에 따라 이행을 해야 하기 때문에 형평에 반하는 상당히 부당한 결과를 부담하게 된다.

1) 事情變更 原則의 意義

事情變更의 原則이란 계약이 체결되었을 때 특히 雙務契約의 성립 당시에 있었던 환경 또는 그 행위를 하게 된 기초가 되는 사정³⁸⁵⁾이 그 후에

384) 이호정, 영국계약법(經文社, 2003), 483~485쪽.

385) 법률행위의 기초가 되었던 상황이 처음부터 존재하지 않았던 것도 사정변경의 요건으로 포함하는 견해도 있으나, 사정변경의 원칙이 인정되기 위해서는 불능인 경우는 제외되기 때문에, 처음부터 법률행위의 기초가 되었던 상황이

현저하게 변경되어, 당초에 정해졌던 행위의 효과 내지 계약의 내용을 그대로 유지하고 강제하는 것이 신의칙과 공평의 원리에 반하는 경우, 당사자가 그 법률행위의 효과를 신의·공평에 맞도록 변경하거나 해소할 수 있다는 원칙을 말한다.³⁸⁶⁾ 이에 의하면 모든 계약에는 그 기초가 되는 사정이 변하지 않는 한 그 효력이 존속한다고 하는 조항이 존재한다고 해석되고 있으며 따라서 사정이 변하면 계약은 구속력을 상실하는 것이라고 하는 것이다.

이 원칙은 18세기 후반에서 19세기 동안에는 “계약준수(Pacta sunt servanda)”의 원칙이나 거래안전의 주장이 높아짐에 따라 한때 잊혀지기도 했었으나, 20세기에 이르러 양차 세계대전을 전후하여 일어난 화폐가치의 급격한 변동 등 사회, 경제적 사정의 급변으로 이 원칙에 새로운 의미를 부여하면서 논의·발전되고 있다. 특히 제2차 세계대전을 계기로 법리의 실천적 의의가 재확인되어 독일의 판례이론을 본받아 많은 국가의 민법전 속에 사정변경법리의 요건 및 효과가 명확하게 규정되기에 이르렀고, 독일을 비롯한 주요 국가에서도 직접적인 명문규정은 없지만 판례법의 발전을 통하여 독립한 법제도로써 정착하게 되었다.³⁸⁷⁾

우리 民法에는 사정변경의 원칙에 기한 규정³⁸⁸⁾이 흩어져 있으나, 이 원칙을 직접 규정하는 일반규정은 없다. 판례의 입장은 계약관계의 안정성

존재하지 않았다면 계약체결상 과실책임이나 착오 등의 법리로 해결하는 것이 타당할 것이다 ; 金亨培, 前掲書, 31쪽 ; 정우형, “재산법상 신의성실 원칙의 기능과 한계”, 비교사법, 제8권 제1호(한국비교사법학회, 2001), 189쪽.

386) 郭潤直, 債權總論(博英社, 1978), 157쪽.

387) 명문규정으로 입법한 예로는 이탈리아(민법 제1467조 이하), 그리스(민법 제388조), 네덜란드(민법 제6조), 벨기에, 폴란드, 헝가리, 체코슬로바키아, 러시아 등이 있으며, 판례이론으로 정착된 국가는 독일, 영국, 미국, 스위스 등이 있다 ; 李在睦, “契約事情의 變更과 契約內容의 調整”, 비교사법, 제8권 제1호(한국비교사법학회, 2001), 296쪽 각주 10 참조.

388) 地料의 增減請求權(제286조), 傳賃金의 增減請求權(제312조의 2), 賃貸借契約에 있어서의 借賃增減請求權(제628조), 住宅賃貸借保護法上の 借賃 또는 保證金の 增減請求權(동법 제7조) 및 身元保證人の 責任(身元保證法 제4조·제5조) 등을 들 수 있다 ; 金疇洙, 債權各論(三英社, 1997), 60쪽.

에 치중하여 이 원칙을 인정하지 않고 있으나, 학설은 일찍부터 구체적 타당성과의 조화를 꾀하기 위해 법리의 도입과 적용을 주장하였다.

일반적으로 학설은 사정변경의 원칙의 인정근거를 신의칙에서 구하면서, 그 適用要件으로 ① 契約事情의 基礎가 現저히 變更할 것, ② 事情變更이 契約締結 후 그 消滅 전에 發生하였을 것, ③ 當事者が 事情의 變更을 豫測할 수 없었을 것, ④ 事情의 變更이 當事者の 歸責事由 없이 발생하였을 것, ⑤ 당초의 계약 내용대로 拘束力을 인정하면 信義則에 반할 것을 든다. 그리고 事情變更의 原則의 효과에 대해서는 契約의 解消에 중점을 두어 事情變更의 要件이 충족되면 契約의 解除나 解止를 인정하자는 見解와 契約의 維持에 중점을 두어 一次的으로 변경된 사정에 따라 계약내용을 조정하고 부득이한 경우에 二次的으로 契約의 解消를 인정하는 견해로 나누어지는데, 현재 후자의 입장이 보다 지배적이다.

2) 各國의 理論

(1) 獨逸의 行爲基礎論

사정변경의 원칙은 「事情不變更約款(clausula rebus sic stantibus)」 이론을 계승한 빈트샤이트의 전제론을 거쳐 행위기초론으로 발전하게 된다. 행위기초론은 제1차 세계 대전 후의 인플레이션기에 Oertmann에 의해 창시³⁸⁹⁾되어 학설³⁹⁰⁾·판례³⁹¹⁾의 지지를 받으면서 일반적인 법제도로 정

389) Oertmann에 의하면 “행위기초란 계약체결시 나타나고 상대방에게도 그 중요성이 인식되어 이의가 주장되지 않는 일방 당사자의 표상 또는 행위의사가 그 기초위에 세워지고 어떤 사정의 존재 또는 발생에 관한 양당자의 공통된 표상이다”라고 정의하고 있다.

390) 당사자의 주관적 요소에 치우친 Windscheid와 Oertmann의 주관설에 대한 비판에서 출발하여 계약당사자들의 공통적 계약목적의 강조하는 객관설이 Kaufmann, Kröchmann, Locher 등에 의하여 제기되었다. 그러나 특히 양당사자의 이해가 첨예하게 대립되는 통상의 계약관계에서 객관설이 강조하는 공통적 계약목적의 존재를 발견할 수 있는가 하는 의문점과 함께 객관설은 학계의 지지를 받지 못하였다. 단, 객관설은 행위기초에 당사자의 주관적 요소만으로는 충분치 않다는 점을 보다 분명히 한 것에 그 의의가 있다 하겠다.

착하였다. 특히 1992년에 연방법무부장관 편으로 공간된 「채무법개정위원회 최종보고서」에서는 그간의 입법논의를 종합하여 민법 제306조의 원시불능에 관한 규정을 폐지하고, 이에 대신하여 행위기초의 장애에 관한 일반규정을 도입하여 독일민법 제313조에 “행위기초의 장애”³⁹²⁾라는 형태로 2002년부터 시행되고 있다.

391) 초기의 연방민형사법원 판결은 행위기초의 소멸의 요건이 갖추어져 있지 않다하여 행위기초의 소멸을 부정하면서도 극심한 대가관계의 등가성을 파괴한다는 이유로 권리행사를 허용하지 않았다. 그러나 최근의 판례들은 기대가능성의 의미를 강조하고 있어 행위기초의 소멸은 참을 수 없고 법과 형평에 부합치 않는 결과를 피하기 위해 법관의 간섭이 필요한 경우에만 고려된다고 하는 논리에 입각하게 된 것이다. 즉 판례에 의하면 중요한 것은 계약이 그 의미를 상실하였다는 것이 아니라, 채무자가 예견치 않은 상황변경으로 인하여 큰 불이익을 입게 되었다는 데 있는 것이다. 연방노동법원은 절충적 입장으로 행위기초의 요건을 기대불가능하거나 또는 계약이 거의 의미를 상실하였음을 들고 있다; 崔賢淑, “事情變更의 原則에 關한 研究”, 釜慶大學校 大學院 博士學位論文(2006), 35~36쪽.

392) 개정안 제313조 [행위기초의 장애] ① 계약의 기초가 된 사정이 계약체결 후에 변경하였고, 당사자가 이러한 사정의 변경을 예견하였다면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 체결하였을 경우, 당해 사건의 모든 사정 특히 계약상·법률상의 위험배분을 고려하여 변경되지 않은 계약에 당사자 일방을 구속하는 것이 기대불가능한 때에는 계약의 조정을 요구할 수 있다. ② 계약의 기초가 된 표상(관념)에 잘못이 명백한 경우에도 사정의 변경이 된다. ③ 계약의 조정이 가능하지 않거나 당사자 일방에게 기대할 수 없는 때에는 불이익을 입는 당사자가 계약을 해제할 수 있다. 계속적 채권관계에 있어서의 해제권은 개정안 제307조에 따라 중대한 사유에 기한 해약고지권으로 이에 대신할 수 있다. ; 개정안은 기대가능성과 계약적 위험분배의 법리에 입각하여 행위기초의 장애에 관한 요건을 설정하고, 그 효과로서 제1차적 계약의 조정을 요구할 수 있도록 하고(제306조 제1항), 제2차적으로 계약의 해제를 인정함으로써(제306조 제3항) 법적 안정성의 확보와 구체적 타당성의 실현을 조화하고 있다고 볼 수 있다. 또한 동조 제2항에서는 순수한 주관적 행위기초의 상실을 행위기초 장애의 적용사례로 분류하고 있다; 李在睦, 前揭 論文, 307~308쪽.

개정 독일민법상 아래의 요건이 충족되어야만 사정변경으로 인한 계약수정을 요구할 수 있다.

첫째, 계약의 기초가 된 사정이 계약 체결 후에 현저히 변경되어야 한다. 둘째, 변경은 당사자들이 예견할 수 없었던 것이어야 한다. 셋째, 법률상의 위험분배를 고려하면 당사자 일방에게 원래의 계약에 구속되는 것을 기대할 수 없어야 한다. 계약 체결 당시 위험분배를 고려했을 때 당사자 일방에게 원래의 계약을 체결한다고 볼 수 없어야 한다는 것으로 이는 객관적 사정의 변경을 말하는 것이다.³⁹³⁾ 넷째, 계약의 기초가 된 본질적인 관념이 잘못된 것으로 밝혀져야 한다. 계약 체결 이후 계약의 기초가 된 사정이 변경되었고 이를 당사자들이 예상할 수 없었던 것이 기본적인 요건으로 되어야 한다. 이 때 기초된 사정이 객관적으로 부당한 변경이 있었던 것이 아니라 기초가 되었던 사정의 본질적인 관념이 잘못되었을 때에도 사정변경과 동일하게 취급한다는 것으로 주관적 행위기초를 인정하는 것이다.³⁹⁴⁾

이렇게 사정변경이 성립되면 그 효과로 당사자에게 계약의 변경을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우 청구권자를 양당사로 볼 것인가 아니면 사정변경으로 인해 현저히 부당한 위험을 부담하는 당사자만 청구권을 갖게 될 것인가에 대해서는 명확하게 규정하고 있지는 않지만 청구권의 성질상 권리에 침해가 발생하는 당사자 즉, 사정변경으로 인해 현저히 부당한 위험을 부담하게 되는 자만 청구권을 갖는다고 하는 것이 타

393) 즉 채무자가 사정변경에도 불구하고 체결된 계약내용대로 이행하는 것이 현저히 부당하게 위험을 부담하게 되거나 사정의 변경으로 인하여 급부 받은 이행의 가치가 현저히 감소하여 부당하게 위험을 부담하게 되는 것을 말한다.

394) 이는 현재 영미법체계에서는 인정하고 있지 않은 부분으로 매우 특징적인 부분이라 할 수 있다. 또한 국제적인 계약규범에서도 주관적인 행위기초까지 그 범위로 포함하고 있지 않기 때문에 그 의미는 매우 크다 할 것이다. 주관적인 행위기초까지 인정하게 되면 그 적용범위가 확대될 것이고, 본질적인 관념에 대한 예견을 할 수 있었다는 것을 객관적으로 증명하기란 상당히 곤란할 것이다 ; 崔賢淑, 前掲 論文, 40쪽.

당할 것이다. 또한 동조 1항에서 “법률상의 위험분배를 고려하면 당사자 일방에게 원래의 계약에 구속되는 것을 기대할 수 없는 때”라고 하고 있으므로 위험분배를 채무자 부담으로 할 때는 채권자의 수령이익의 현저한 저하는 그 요건으로 하지 않는다고 할 수 있으므로 수정을 요구할 수 있는 청구자는 채무자가 될 것이다.

계약의 변경이 불가능하거나 당사자 일방에게 기대될 수 없는 경우에는 불이익을 입은 당사자는 계약을 해제할 수 있고, 계속적 계약관계에서는 해제가 아니라 해지를 할 수 있다고 규정하고 있다. 계약의 수정이 불가능한 경우에 해지나 해제를 인정하고 있다고 규정하고 있기 때문에 사정변경의 상황이 발생하여 적용 요건을 갖추게 된 경우 당사자는 계약의 변경이나 해지·해제를 선택하여 청구할 수 있는 것이 아니라 일차적 수정을 청구하고, 이차적으로 계약을 해지 또는 해제하도록 하고 있다. 따라서 계약의 해지·해제는 이차적 효과이다.

(2) 프랑스의 不豫見論

프랑스 민법은 사정변경의 원칙에 관한 규정을 두지 않고, 반대로 계약충실의 원칙에 관한 규정을 두고 있다. 계약의 강제력을 규정한 제1134조는 “적법하게 형성된 약정은 그것을 행한 자에 대하여 법률에 대신한다”라고 하여, 의사자치·계약자유 원칙을 간결하고도 강력하게 표현하고 있다. 이 조문에 의하여 계약의 강제력은 계약당사자 뿐만 아니라 그것을 적용하는 법관이나 관련 법률에 대해서도 효과를 발생한다. 또한 제1134조 제3항은 “계약당사자는 약정한 계약의 내용대로 성실하게 이행하여야 한다”고 규정함으로써 가령 경제사정의 변동에 의해 이행비용이 현저하게 증가하였다고 하더라도 채무자의 책임이 감면되지 않음이 원칙이다. 다만 이러한 엄격한 원칙에 대하여 제1148조는 채무자의 귀책사유 없는 외부적 원인에 기하여 이행불능이 된 경우에 한하여 면책가능성을 개방하고 있다.³⁹⁵⁾

이처럼 계약의 강제력이 엄격하게 유지되어 온 프랑스 민법학에서 불

395) 외부적 원인으로는 불가항력(force majeure)과 우발적 사고(cas fortuit)를 들 수 있다.

예견이론은 제1차 세계대전 후 처음 주장되었으나, 판례 및 학설의 지지를 얻지 못하였고, 여전히 거래안전의 보호와 법적 안정성의 견지에서 계약준수의 원칙이 관철되었다.³⁹⁶⁾ 프랑스 민법에서 사정변경의 원칙은 판례에 의해 불예견론이라는 이론으로 인정되었는데, 불예견론이란 주로 계속적인 계약에 있어서 우연한 사고 또는 불가항력이라고 할 수 없는 사정의 변경에 의하여 그 이행이 계약체결 당시에 채무자가 예상하고 있었던 것보다도 훨씬 더 부담이 되는 경우에 그 채무자에게 계약의 해소 또는 수정을 요구하는 권리를 인정한다는 이론이다. 현재 불예견이론은 행정판례나 특별법에서 매우 제한적으로 인정될 뿐, 민사판례 및 통설은 역시 계약의 강제력을 절대시하는 입장에서 벗어나지 못하고 있다.³⁹⁷⁾

民事事件의 경우 법원은 사정변경의 원칙을 인정하지 아니하고, 당사자가 예견하지 못한 사정의 변경이 불가항력이 될 때에는 채무자의 면책을 인정하고 있을 뿐이다. 사정변경의 원칙을 인정하지 않는 근거로 사정변경의 원칙을 인정하는 것은 국가기관인 법원이 사인 간의 사법적 법률관계에 간섭이라는 의견을 표명하고 있다. 그리고 양차 대전이 끝나고 특별법에 의해 화폐가치의 하락으로 인한 사정변경을 고려하도록 하는 입법을 한 바가 있으며, 계약실무에서는 사인간의 장기계약에는 사정변경의 경우에도 화폐가치의 보장을 위한 약정을 하는 것이 일반화되었다.

(3) 日本의 事情變更의 原則

일본에서 事情變更에 관한 이론은 勝本正晃에 의한 이론구성이 學說을 주도하였다. 그에 따르면 事情變更의 原則이란 “주로 債權關係를 발생시키는 法律行爲가 행하여진 때, 그 법률행위의 환경을 이루는 사정이 법률행위 후 그 효과완료 이전에 당사자의 책임없는 사유에 의해 예견할 수 없을 정도로 변경되어 당초의 법률효과를 그대로 발생 또는 존속시키는 것이 신의행평의 원칙상 부당하다고 인정되는 경우에 그 법률효과를 신의

396) 田中裕康, “繼續的賣買の解消(2)”, 法學協會雜誌, 108권 4호(1991), 123쪽 이하.

397) 다만, 판례는 불가항력에 의한 경우에 한하여 계약의 변경을 인정한다; 李在陸, 前掲 論文, 301~302쪽.

형평에 기하여 변경시키는 것을 말한다”고 정의하였다.³⁹⁸⁾ 이는 독일의 行爲基礎論을 계수한 것으로 기초가 되는 사정의 범위를 엄격하게 제한하고 있다.

사정변경의 요건은 다음 네 가지이다. 첫째, 계약체결 당시 계약의 기초가 되었던 사정이 계약체결 후에 변경되었을 것을 요한다. 즉 이것이 없었다면 계약을 생각하는 것이 불가능한 부분에 관하여 발생하였을 것이 필요하다. 단순히 당사자의 개인적인 사정의 변경에 불과한 것은 제외된다. 둘째, 사정의 변경이 당사자의 귀책사유 없이 발생하였을 것을 요한다. 전쟁의 발발, 대화재의 발생을 예로 들 수 있다. 셋째, 계약체결 당시 사정변경을 당사자가 예견할 수 없었을 것을 요한다. 넷째, 계약의 기초가 되었던 사정의 변경으로 계약의 내용대로 이행하는 것이 현저히 곤란할 것을 요하고 있다.

사정변경의 요건이 충족되면 그 효과로서 계약내용을 조정하거나 계약해제를 선택적으로 할 수 있게 된다. 사정변경의 법리가 학설에 의해 형성된 후 판례도 계약충실의 원칙을 근거로 그 적용가능성을 인정하여 왔으나, 최고재판소는 구체적인 사례에 있어서 사정변경을 주장하는 측에 귀책사유가 있다는 등의 이유를 들어서 해제권을 단 한건도 인정한 바가 없다. 결과적으로 최고재판소는 사정변경의 원칙에 대하여 매우 엄격한 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 하급심 판례 중에는 급격한 인플레이션으로 인한 급부의 증가성 상실에 대하여 사정변경의 원칙을 적용하여 계약해제권의 행사를 인정한 사례가 있다.³⁹⁹⁾

사정변경의 효과로 재교섭의무의 인정여부에 대하여는 긍정설과 부정설의 다툼이 있다. 대부분의 경우 재교섭을 인정하여 사정변경의 문제 발생시 일차적으로 재교섭을 행하도록 하여 계약내용을 수정하도록 하고 있고, 재교섭이 이루어지지 않는 경우 이차적으로 계약을 해소하도록 하고 있다. 따라서 일본의 사정변경 원칙 또한 계약의 유지를 그 목적으로 하고 있음을 알 수 있다.

398) 勝本正晃, 民法に於ける事情變更の原則(東京 : 有斐閣, 1926), 598쪽.

399) 崔賢淑, 前掲 論文, 78쪽.

3) 要件

(1) 契約의 基礎가 되었던 事情이 變更되었을 것

사정변경의 원칙이 발생하기 위해서는 기본적으로 계약의 기초가 되었던 사정이 변경되어야 한다. 변경되었다고 하기 위해서는 약간의 변경으로는 그 효과를 가져 올 수 없고, 계약체결 당시 변경된 상태였다면 계약을 체결하지 않았을 정도여야 할 것이다. 여기서 기초가 되었던 사정이란 계약의 가장 근본이 되는 중요한 사안이어야 할 것이다. 또한 계약의 객관적 기초에 관한 것이어야 하므로 당사자의 일방의 개인적·주관적 사정에 불과하거나 당사자 일방의 위험영역에 속하는 것은 인정되지 않는다.⁴⁰⁰⁾

(2) 契約締結 以後에 變更되거나 契約 當時에 事情에 變更이 있더라도 當事者が 알지 못할 것

변경된 사정은 계약체결 이후에 발생하여야 한다. 계약체결 전에 발생한 것이라면 당사자는 주의의무에 따라 충분히 검토하였어야 한다. 계약체결 이전에 사정이 변경되었다 하더라도 계약체결 당시 당사자가 충분한 주의를 다하더라도 이를 알지 못하였다면 이는 계약체결당시에 기초가 된 사정이 발생하지 않았다고 보는 것이 타당할 것이다. 이는 계약체결당시에 당사자가 알고 있었다면 이는 변경된 사정대로 계약을 하였다고 판단할 수 있을 것이다.

(3) 事情의 變更으로 契約 내용대로 履行하는 것이 顯著히 困難할 것

계약의 기초가 되었던 사정의 변경으로 인하여 계약내용대로 이행하는 것이 형평에 부당하게 어긋나거나 이행하는 것이 현저히 곤란하여야 한다. 따라서 이행이 불가능한 경우에는 사정변경의 원칙을 적용할 수 없다. 즉 기본적으로 이행이 가능하여야 하지만 이행하는 것이 현저하게 곤란하여야 한다.

400) 李在睦, 上揭 論文, 314쪽.

(4) 變更된 事情은 當事者의 歸責事由에 의하지 아니할 것

계약체결 이후 당사자의 귀책사유로 인하여 계약의 기초가 되었던 사정이 변경된 경우는 이 원칙으로 해결할 수 없고, 천재지변이나 법령의 변경 등과 같이 당사자의 귀책사유가 없어야 한다.

4) 效果

사정변경의 원칙의 요건이 충족되면 사정의 변경으로 인한 현저한 부담을 지게 되는 당사자의 청구에 의해 우선적으로 계약의 수정을 청구할 수 있고, 이후 당사자 간의 교섭을 통해 계약의 내용을 수정하거나, 교섭이 이루어지지 않는 경우 당사자들의 청구에 의해서 법원이 계약을 수정하거나 해제 또는 해지할 수 있다.⁴⁰¹⁾ 그러나 다수설에 따르면 사정변경에 따른 법률효과를 계약의 해소에 중점을 두어 사정변경의 원칙을 해제권 또는 해지권의 발생문제와 결부지어 다루고 있다. 사정변경의 원칙은 계약의 해소에 중점을 둔 것이 아니라, 계약의 유지에 그 목적이 있다고 보아야 하므로 사정변경의 원칙의 효과는 일차적으로 계약을 수정하도록 하는 것이 타당하다 할 것이다.

2. 歸責事由 없는 後發的 履行不能

民法은 履行不能에 관하여 「債務者의 故意나 過失이 없는 경우」⁴⁰²⁾와 「채무자에게 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 경우」⁴⁰³⁾를 명문으로써 따로 규정하고 있다.⁴⁰⁴⁾ 앞에서 살펴본 영미법상의 프러스트레이션

401) 李銀榮, 前掲書, 242쪽.

402) 민법 제390조[채무불이행과 손해배상] 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

403) 민법 제546조[이행불능과 해제] 채권자에게 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

404) 쌍무계약에서 채무의 목적인 급부가 후발적으로 불능하게 되었을 때 채무불이행책임과 위험부담의 문제가 발생한다. 그러나 양자는 다음의 점에 차이가 있다. 요건에 있어서 채무불이행은 채무자의 귀책사유로 인한 급부불능을 요하나, 위험부담은 채무자의 귀책사유 없는 급부불능에 관한 것이다. 효과에

의 개념에 해당하는 우리 민법의 규정은 민법 제390조 단서 즉 「債務者の故意나 過失없이 履行할 수 없게 된 때」를 말하는 것으로 이해될 수 있다.

이처럼 민법 제390조 단서에선 채무자의 고의나 과실 등의 귀책사유 없이 이행이 불능으로 되었을 것을 요구하는데 이때는 단순히 물리적으로 불능인 경우뿐만 아니라 물리적으로는 가능하더라도 사회생활에 있어서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채무자의 이행을 기대할 수 없는 경우에는 역시 이행의 면책을 인정하는 것으로 본다.⁴⁰⁵⁾ 이는 歸責事由 없는 履行不能의 문제로 危險負擔의 문제가 된다.

1) 歸責事由 없는 後發的 履行不能의 意義

歸責事由 없는 後發的 履行不能이란 雙務契約⁴⁰⁶⁾으로부터 생기는 양 채무의 ‘存續上の 牽聯關係⁴⁰⁷⁾’를 정하는 제도이다. 즉 쌍무계약상의 일방의 채무가 채무자의 책임없는 사유로 후발적 불능이 되어 소멸한 경우, 다른 일방의 채무는 존속하느냐 않느냐의 문제로 危險負擔의 문제라고도 한다.

쌍무계약의 경우 서로 牽聯關係에 있는 채무 중의 하나가 양 당사자의

있어서 채무불이행에서 채권자는 채무자에 대하여 손해배상청구권을 가지나 위험부담에 의하여는 직접 누구에게도 청구권이 발생하지 않고 다만, 계약채무의 이행이 면제될 뿐이다. 단, 이미 일방당사자가 급부를 전부 또는 일부 이행한 경우에는 그의 반환을 부당이득반환청구권에 의하여 청구할 수 있다 ; 李銀榮, 債權各論(博英社, 2005), 175쪽.

405) 郭潤直, 前掲書, 129쪽.

406) 편무계약에서는 채무자에 의해 실현되어야 할 급부가 불능이 되는 일방의 위험만이 문제된다. 이 경우에 채무자가 채무를 면하면, 채권자는 이행을 청구할 수 없으므로 급부위험은 채권자가 부담하는 것이 된다 ; 金亨培, 債權各論(博英社, 2001), 162~163쪽.

407) 쌍무계약에서 생긴 일방의 채무가 채무자에게 책임없는 사유로 이행불능이 되어 소멸한 경우, 다른 일방의 채무는 어떻게 되는가 하는 문제이다. 이것이 위험부담의 문제이다. 이행불능으로 채무가 소멸하는 위험은 이미 소멸한 채무의 채무자가 부담하는 것이 되고, 반대로 다른 채무는 그대로 존속한다면 이 위험은 채권자가 부담하는 것이 된다 ; 金壽洙, 前掲書, 98~99쪽.

귀책사유없이 불능이 되었을 때 채무자는 이행의무를 면하지만 상대방에 대한 반대급부청구권을 상실한다. 이때 실현불능된 급부 자체에 대하여 상대방인 채무권자가 위험을 부담하지만, 채무자는 상대방에 대하여 가지는 반대급부청구권을 상실하므로 채무자가 반대급부위험을 부담하는 것이 된다.

우리 민법은 급부위험의 부담에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만 채무자에게 귀책사유가 있는 경우에만 손해배상을 청구할 수 있다는 제390조의 반대해석에 의해 채권자는 이행청구권과 손해배상청구권을 상실하는 위험을 부담한다고 풀이할 수 있다. 따라서 급부위험은 채권자가 부담한다. 반대급부위험의 부담에 관해서는 제537조에서 채무자위험부담주의⁴⁰⁸⁾를 채택하여 규정하고 있다.

2) 成立要件

(1) 雙務契約이 存在할 것

위험부담은 대가위험의 부담을 다루는 것이고, 채무의 대가적 견련관계를 전제로 하는 것이기 때문에 편무계약에서는 문제가 되지 않는다. 그러나 반드시 쌍무계약에서만 발생하는 것은 아니다. 따라서 당사자 간에 서로 대가적 관계에서는 두 개의 채권과 채무가 성립하는 경우에는 쌍무

408) 雙務契約의 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인하여 이행불능이 되어 소멸하는 경우에 타방당사자도 반대급부의무를 면하는 주의를 말한다. 이主義의 합리적 기초는 雙務契約에서 발생하는 양 채무의 상호의존관계(牽聯性)에서 이를 구한다. 대륙법계 제국의 입법, 독일민법 제323조, 스위스 민법 제1192조, 일본민법 제536조 제1항이 이主義를 따르고 있다. 그 외 危險負擔에 관한 立法主義로 債權者主義와 所有權主義가 있다. 債權者主義란 쌍무계약의 일방당사자가 부담하는 채무가 양당사자의 책임없는 사유로 이행불능이 되어 소멸하여도, 타방당사자는 여전히 반대급부 채무를 지는 주의를 말한다. 또 所有權主義란 소유권이 채권자에게 이전한 때부터 채권자가 그 위험을 부담하는 주의를 말한다. 다시 말하면 不能給付의 목적물의 소유권을 갖는 당사자가 위험을 부담하는 것이다. 이것은 ‘災害는 소유자가 부담한다’는 원칙에 입각한 것이다. 독일민법 제446조 내지 제447조, 오스트리아 민법 제1064조와 제1048조에서 채택하고 있다.

계약과 유사한 위험배분의 문제가 생기고, 이것도 위험부담법리를 준용하여 처리할 수 있다. 예컨대 민법 제561조에서 규정하고 있는 ‘負擔附贈與’ 같은 것이다.

(2) 雙務契約上의 一方의 債務에 後發的 不能이 發生할 것

여기서 말하는 불능은 이행불능에서 말하는 불능과 차이가 없는 것으로 자연과학적인 물리적 불능에 한하지 않고 사회통념에 따라 정해진다. 또한 주관적·객관적 불능을 불문한다. 그러나 위험부담의 문제가 생기는 것은 후발적 불능에 한한다. 쌍무계약상의 일방의 채무가 원시적 불능일 때에는 채무의 성립상의 견련성의 문제로 다루어지고, 위험부담의 문제로는 되지 않는다.

(3) 不能은 債務者에게 責任없는 事由로 생길 것

불능이 채무자에게 책임있는 사유로 생긴 경우에는 채무자는 손해배상책임을 지게 되나, 이 채무는 종래의 채무와 동일성을 갖는 것이므로 반대채무는 그대로 존속하기 때문에 위험부담의 문제가 생기지 않는다. 채무자에게 책임 없는 불능 중에는 채권자에게 귀책사유가 있는 경우와 어느 당사자에게도 귀책사유가 없는 경우가 있다. 어느 경우든 채무는 소멸하므로 대가채무를 어떻게 하느냐에 관한 위험부담의 문제가 생긴다. 채무자에게 책임 없는 불능사유는 자연력에 의한 것이든 사람의 행위에 의한 것이든 불문한다.

3) 效果

(1) 全部不能인 경우

상술한 요건을 충족한 때에는 채무자는 그 채무를 면하나, 동시에 채권자에 대한 반대급부 청구권도 잃는다.⁴⁰⁹⁾ 즉 채무자가 위험을 부담한다. 채무자 측에서 보면 채무자는 채권을 잃는 동시에 반대급부를 하여야 할 채무도 면하므로, 채권자가 이미 전부 또는 일부의 반대급부를 이행하는 경우에는 채권자는 목적소멸에 의한 부당이득을 이유로 하여 급부한 것의 반환을 청구할 수 있다.⁴¹⁰⁾ 또한 채무자의 이행이 불능으로 된 것을 모르

409) 민법 제537조

고 그 후에 반대급부를 한 경우에는 非債辨濟에 의한 부당이득을 이유로 한 반환청구권을 갖는다.⁴¹¹⁾

(2) 一部不能인 경우

일부불능의 경우 그 일부불능이 급부전체의 가치를 잃게 하는 성질의 것이면 반대급부청구권이 전부 소멸하고, 그렇지 아니한 경우에는 반대급부청구권은 불능으로 된 부분에 상당하는 만큼 당연히 감축된다. 다만 反對給付가 수량적으로 분할할 수 없는 경우에는 전부를 청구하여 감축되어야 할 가격에 상당하는 액은 부당이득으로서 금전으로 반환하여야 할 것이다.

그러나 임대차의 경우는 일부불능이 반대급부를 당연히 감축케 한다는 것에 대한 예외가 된다. 즉 임대차의 목적물의 일부가 임차인의 책임 없는 사유로 인하여 멸실한 때에는 임차인은 그 멸실된 부분의 비율에 대응하여 임차의 감액을 청구할 수 있을 뿐이고,⁴¹²⁾ 借賃이 당연히 감축되는 것은 아니다.

또 운송품의 전부 또는 일부가 그 성질 또는 하자로 인하여 멸실한 경우에도 운송인은 운임의 전부를 청구할 수 있는 것으로 하는 상법의 규정⁴¹³⁾은 채권자, 즉 송하인의 책임 없는 사유로 인한 이행불능에 관하여 반대급부를 청구하는 권리의 존속을 인정하는 점에서 위험부담에 관한 민법의 원칙에 대한 예외이다.

II. 프러스트레이션의 本質

1. 事情變更의 原則과 프러스트레이션 法理

1) 共通點

프러스트레이션 법리의 要件은 크게 다음 세 가지로 구분할 수 있다.

410) 민법 제741조

411) 민법 제742조

412) 민법 제627조 제1항

413) 상법 제134조 제2항

첫째, 계약 체결 후에 발생한 사정으로 인하여 이행이 非現實的이거나, 契約의 주된 目的의 達成이 不可能할 것, 둘째, 履行을 非現實的인 것으로 하거나 주된 目的의 達成을 不可能하게 하는 後發的 事情의 發生이 당사자의 歸責事由에 의한 것이 아닐 것, 셋째, 變更된 事情이 契約 締結에 있어서 基礎的 前提를 이룰 것이 그 要件이다.

事情變更의 原則과 比較하면 첫째, 契約目的의 共通性에서 공통점을 찾을 수 있다. 첫째 요건인 履行의 非現實性 또는 目的達成不能의 측면에서 살펴보면, 목적의 달성이 불가능하다고 하는 것은 현실적으로 이행은 가능하면서도 계약이 종료되는 경우이기 때문에 그 적용이 더욱 어렵다. 가장 중요한 것은 그 目的이 共通的인 目的이어야 한다는 점이다. 즉 양당사자가 모두 그러한 목적을 위하여 계약을 체결한다는 것을 알고 있어야 하며, 단순히 당사자 일방이 그 계약에서 가진 개인적 이익이나 목적은 이에 해당되지 않는다. 事情變更의 原則에서도 기본적으로 계약의 기초가 되었던 사정이 변경되어야 하는데, 이때의 기초가 되는 사정은 객관적 기초에 관한 것으로 당사자의 일방의 個人的・主觀的 事情에 불과하거나 당사자 일방의 위험영역에 속하는 것은 인정되지 않는다. 둘째, 프러스트레이션 법리와 事情變更의 原則은 豫測하지 못한 事情變更이 契約當事者の 歸責事由 없는 事情變更이어야 한다는 점에서 공통점을 갖는다. 셋째, 계약의 根本的 基礎的 變更이라는 점에서 양 법리는 공통점을 가진다. 프러스트레이션 법리의 경우 이행이 가능하더라도 契約의 目的達成이 不可能한 경우에는 프러스트레이션이 성립되어 계약이 해소된다. 事情變更의 原則 또한 契約의 基礎가 되었던 事情이 變更되어야 하는데 이는 계약의 가장 근본이 되는 중요한 사안의 변경을 말하는 것이다.

또한 프러스트레이션 法理와 事情變更의 原則은 각각 성립이 되면 ‘契約의 解消’라는 점에서 효과상 공통점을 갖는다.

2) 差異點

프러스트레이션 법리와 事情變更의 原則의 차이점을 分析하면, 요건상 차이점으로 이행가능성 여부와 주・객관적 사정변경으로 살펴볼 수 있다. 첫째, 사정변경의 원칙은 이행이 불가능한 경우에는 적용할 수 없다. 즉 기

본적으로 사정변경으로 인하여 이행이 현저히 곤란하여야 하고, 불가능하지는 않아야 사정변경의 원칙이 적용되는 것이다. 이에 반해 프러스트레이션 법리는 기본적으로 이행이 불가능한 경우뿐만 아니라, 이행이 가능하더라도 契約의 目的達成이 不可能 할 경우에도 적용되는 점에서 그 차이가 있다고 할 수 있다. 둘째, 프러스트레이션 법리는 주관적 사정의 발생에 대해서도 적용하나, 사정변경의 원칙은 계약의 객관적 기초에 관한 것이어야 하므로 당사자 일방의 개인적·주관적 사정에 불과한 것은 사정변경이 인정되는 않는다.

프러스트레이션 법리와 사정변경의 원칙의 가장 큰 차이점은 효과상의 문제로 다음과 같다. 프러스트레이션 법리는 당사자의 歸責事由 없는 豫測하지 못한 後發的 沙汰로 인하여 事情變更이 발생하여 프러스트레이션이 법의 작용에 의해 인정이 되면 契約이 자동적으로 終了하여 양 당사자의 의무를 면제시키고 있을 뿐 계약내용의 수정을 인정하고 있지 않다. 반면에, 사정변경의 원칙은 위에서 살펴보았듯이 계약의 해소라는 점에서는 공통점을 가지나, 계약의 해소 전에 우선 사정변경의 원칙이 적용되면 契約內容의 修正이 이뤄진다. 當事者의 交渉을 통해 계약내용이 수정되지 않으면 契約을 解除 또는 解止할 수 있는 것이다.

이렇게 프러스트레이션 법리는 계약의 자동적 종료를 통한 계약의 해소를 목적으로 발전한 법리이고, 事情變更의 原則은 계약의 해소가 아닌 契約內容의 修正을 중점으로 한 ‘契約維持’에 그 목적이 있다는 점에서 근본적인 차이점을 알 수 있다.

2. 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 프러스트레이션 法理

1) 共通點

歸責事由없는 後發的 履行不能의 문제와 프러스트레이션 법리의 공통점은 요건상 공통점과 효과상 공통점으로 나누어 살펴볼 수 있다. 요건상 공통점으로는 첫째, 기본적으로 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 프러스트레이션 법리는 雙務契約을 전제로 한다. 歸責事由 없는 後發的 履行不能은 代價危險의 負擔을 다루는 것으로 債務의 代價的 牽聯關係를 전제로

하는 것으로 편무계약에서 문제가 되지 않는다. 또한 프러스트레이션 법리에서도 마찬가지로 자동적 契約의 終了로 인한 당사자 간의 의무를 면제시키는 것으로 쌍무계약을 전제로 한다는 점에서 공통점을 갖는 것이다. 둘째, 일방의 채무에 대한 후발적 불능의 발생이다. 歸責事由 없는 後發的 履行不能에 있어서의 不能은 主觀的, 客觀的 不能을 불문하고, 원시적 불능이 아닌 후발적 불능에 한하여 인정된다. 프러스트레이션 법리 또한 계약체결 이후에 예기치 못한 사태의 발생으로 인하여 계약이행이 불가능한 경우를 다루고 있으므로 후발적 불능의 발생이라는 점에서 공통점을 확인할 수 있다. 셋째, 귀책사유 없는 사유의 발생이다. 歸責事由 없는 後發的 履行不能의 경우 채무자에게 책임 없는 사유로 인한 불능의 경우만을 인정하고 있다. 프러스트레이션 법리 또한 프러스트레이션을 성립시키는 사고에 대하여 당사자의 귀책사유가 없음을 그 요건으로 하고 있다.

그리고 양 법리는 효과상 ‘契約의 解消’에 공통점을 두고 있다. 사정변경의 원칙 또한 동일한 효과적 공통점을 가지고 있으나, 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 프러스트레이션 법리는 契約의 維持가 아닌 ‘契約의 解消’에 주된 목적이 있다는 점에서 사정변경의 원칙과 큰 차이가 있다. 이 세 원칙은 사정변경으로 인하여 발생한 위험을 공정하게 배분하기 위한 해결책으로 생성된 이론이기는 하나 계약의 해소를 목적으로 하느냐, 계약의 유지를 목적으로 하느냐는 점에서 차이를 나타내고 있다.

또한 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 프러스트레이션 법리는 債務者危險負擔主義에 입각하고 있음을 확인할 수 있다. 英國物件賣買法(The Sale of Goods Act, 1979) 제20조 「危險의 移轉」에 관하여 “일단 원칙으로 하는 규정을 마련해 놓고 있다. 즉 별도의 합의가 없는 한 물건의 소유권이 매수인에게 이전할 때까지는 그 물건에 관한 위험은 매도인의 부담으로 한다. 그러나 그 소유권이 매수인에게 이전되었을 때는 인도의 유무를 불문하고 물건에 관한 위험은 매수인의 부담으로 한다.”⁴¹⁴⁾ 따라서 영

414) S. G. A. 20. Risk Prima facie passes with property - Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property therein is transferred to the buyer, but when the property therein is transferred to the buyer, the goods are at the buyer's risk whether delivery has been

국의 경우는 계약이 프러스트레이션으로 인해 계약목적달성불능으로 된 경우의 위험부담문제에 있어서 債務者(賣渡人) 危險負擔主義를 취하고 있음을 알 수 있다.⁴¹⁵⁾

미국의 경우 U.C.C. 제2조 615항의 (a)를 보면 “이행불능의 경우 채무자는 이행의무를 면제받게 되므로 완전하게 계약을 이행하지 못했다 하여도 계약위반이 되는 것은 아니다”⁴¹⁶⁾라고 규정하고 있다. 영국에서와 같이 미국에서도 프러스트레이션이 인정되는 경우 만일 반대채무가 이행된 경우에는 이에 대한 不當利得返還請求를 인정하였으며, 나아가 信賴利益의 原狀回復에 관하여는 문언상 명시적으로 인정하지는 않았으나, 반환해야 할 부당이득으로서의 이득개념을 확대함으로써 이를 인정하였다. 따라서 영미법상의 프러스트레이션 법리도 또한 우리나라의 위험부담주의와 같이 債務者負擔主義를 따르고 있음을 확인할 수 있다. 또한 우리나라 민법상의 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 비교하면, 當事者의 特約에 따라 適用이 排除될 수 있다는 점에서도 공통점을 가진다.

2) 差異點

歸責事由 없는 後發的 履行不能의 경우는 全部不能과 一部不能으로 구분하여 그 효과를 달리하고 있는데, 全部不能의 경우에는 프러스트레이션 법리와 동일하게 채무자는 그 채무를 면하나, 동시에 채권자에 대한 反對給付 請求權도 상실하여 채무자가 위험을 부담한다. 따라서 이미 이행한

made or not. Provided that where delivery has been delayed through the fault of either buyer or seller the goods are at the risk of the party n fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault. Provided also that nothing in this section shall affect the duties or liabilities of either seller or buyer as a bailee[or custodian] of the goods of the other party.

415) 이러한 법리는 로마법의 ‘res perit domino(물건의 멸실은 소유자의 손실이 된다는 의미의 라틴어)’의 원칙에서 나온 것이라 할 수 있다 ; Clive M. Schmitthof, *Legal Aspects of Export Sales*, p. 29.

416) James J. White and Robert S. Sumners, *Uniform Commercial Code*, 2th ed.(St. Paul. Minn : Westpublishing Co. 1979), pp. 134~136.

부분에 대해서는 목적소멸에 의한 不當利得을 이유로 급부한 것의 반환을 청구할 수 있고, 후에 이행한 부분에 대해서도 不當利得을 이유로 返還請求가 가능하다. 一部不能의 경우 또한 급부전체의 가치를 잃게 하는 성질의 것이면 반대급부청구권이 전부 소멸하나, 그렇지 않은 경우에는 불능으로 된 부분에 상당한 만큼 당연히 감축된다. 그러나 一部不能에 있어서는 예외적으로 質貸借契約에 있어서나 送荷人の 歸責事由 없는 사유로 履行不能에 있어서는 反對給付를 청구하는 권리의 존속을 인정하여 프러스트레이션 법리에서와 같은 ‘契約의 解消’가 인정되고 있지 않다.

3. 프러스트레이션의 本質

위에서 살펴본 바와 같이 英美法上の 프러스트레이션 법리는 우리나라의 事情變更의 原則과 當事者の 歸責事由 없는 後發的 履行不能을 비교할 수 있었다.

事情變更의 原則과 歸責事由 없는 後發的 履行不能은 모두 사정변경으로 인하여 발생한 危險의 公正한 分配를 위해 형성된 이론이라는 점에서는 프러스트레이션 법리와 공통점을 갖는다. 그러나 법리의 목적을 계약의 解消에 두느냐 계약의 維持에 두느냐에 따라 차이가 발생함을 위에서 확인할 수 있었다.

우선 英美法上の 프러스트레이션의 법리를 대륙법계에서는 사정변경의 원칙으로 파악하는 견해가 다수이다. 즉 歸責事由 없는 後發的 履行不能으로 예기치 못한 사정변경을 해결하고자 할 경우에는 이행이 곤란하더라도 이행이 가능한 계약을 해소시킴으로서 상대방의 신뢰이익이나 거래의 안정을 해치게 된다는 점을 주장하여 사정변경의 원칙의 입장에서 프러스트레이션 법리를 해석하고자 한 것이다.

그러나 영미법상의 프러스트레이션의 법리는 사정변경의 원칙으로 파악하기에는 위에서도 언급하였지만, 여러 가지 측면에서 차이를 보이고 있다. 첫째 법리 목적이 계약의 해소에 있는 프러스트레이션 법리와는 달리 사정변경의 원칙은 일차적 효력을 契約內容의 修正에 둬으로써 계약의 해소가 아닌 契約의 維持에 그 目的을 두고 있다. 둘째, 프러스트레이션 법리는 契約目的達成不能 뿐만 아니라 履行不可能인 경우에도 인정이 되나, 사

정변경의 원칙은 이행이 불가능한 경우는 적용의 여지가 없다는 점이다. 셋째, 프러스트레이션 성립에 있어 客觀的, 主觀的 事情의 變更을 모두 포함하여 인정하고 있으나, 사정변경의 경우는 主觀的 事情變更事由를 排除하고 있다. 넷째, 현재 사정변경의 원칙을 입법화한 대륙법계 나라는 독일을 들 수 있다. 우리나라의 경우도 2005년에 입법안이 마련되었으나, 사정변경으로 인한 계약내용의 수정이 처음 체결한 계약과는 다른 또 하나의 계약이 성립되는 효과를 발생시키므로, 法的 安定性에 違背된다는 등의 이유로 현재 민법에 반영되지 못하고 있는 실정이다.

이러한 이유로 인하여 프러스트레이션 법리는 ‘歸責事由 없는 後發的 履行不能’으로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다. 현재 歸責事由 없는 後發的 履行不能은 민법 제390조 단서조항, 즉 「債務者の 故意나 過失없이 履行할 수 없게 된 때」를 근거로 物理的 不能 뿐만 아니라 사회생활의 경험칙 및 거래상 관념에 비추어 채무자의 이행을 기대할 수 없는 경우 역시 이행의 면책을 인정하고 있으므로 영미법상의 프러스트레이션 법리를 해석하는 하나의 기준으로 합당하다고 생각한다. 다시 말해 영미법상의 프러스트레이션 법리는 계약해소에 목적을 둔 우리나라의 ‘歸責事由 없는 後發的 履行不能’과 가장 유사하다고 할 수 있다.

이처럼 영미법상의 프러스트레이션 법리를 대륙법계에서는 이행불능과 사정변경의 원칙을 별개의 것으로 파악하고 있음에 반해, 양자를 통일적으로 파악하여 일정한 요건과 효과를 갖춘 판례법 내지 실정법상의 독립된 지위를 갖고 있어 비교법적으로 시사하는 바가 크다. 이에 우리나라 또한 프러스트레이션 법리에 관한 정립된 이론으로 입법화가 시급하므로 이하에서는 商法上の 프러스트레이션 법리의 導入方案을 檢討하고자 한다.

第2節 商法上の 프러스트레이션 法理의 導入方案

I. 傭船契約에 관한 商法規定의 問題點

상술한 바와 같이 당사자가 계약을 체결한 후 예기치 못한 사건의 발생으로 인하여 양당사자의 과실없이 이행이 불능하게 되거나 또는 이행 자체는 가능하여도 계약목적달성이 불능인 경우 프러스트레이션이 성립되어 계약이 장래에 향하여 종료된다. 즉 프러스트레이션 성립시점을 기준으로 성립 이전의 권리, 의무에는 아무런 영향을 미치지 않고, 성립 이후 계약이 자동 종료되어 양당사자의 이행의무만 면제되는 것이다. 항해용선계약의 경우 선불된 운임의 경우에는 프러스트레이션이 성립되면 그 운임을 반환받지 못한다. 만약 후불운임의 경우 항해용선자는 당연히 그 운임을 지불할 의무를 면하는 것이다. 그러나 계속적 계약의 성격을 갖는 정기용선계약의 경우 선불된 운임에 대하여 반환을 받지 못하는 문제가 제시된다. 이에 영국은 1943년 법률개혁법을 제정하여 금전에 대하여 선불금에 대한 반환이 인정되도록 하였으므로 그 문제가 해결되었다고 할 수 있다.

그러나 우리 상법상 정기용선계약에서 당사자의 귀책사유 없는 사건의 발발로 인하여 위험이 발생한 경우 문제가 된다. 해상법상 준거법을 영국법으로 하고 있으므로 영미법상의 프러스트레이션 법리를 적용하여 해결이 가능하고, 프러스트레이션의 본질을 귀책사유 없는 후발적 이행불능의 문제로 파악하여 정기용선계약상 발생한 선불된 용선료를 부당이득반환청구를 통하여 반환받을 수 있다. 문제는 국내의 바지선과 같이 영국법을 준거법으로 한다는 것이 불분명한 선박의 정기용선인 경우 선불된 용선료를 되돌려 받을 수 있는가 하는 문제이다. 그리고 귀책사유 없는 歸責事由 없는 後發的 履行不能의 문제로 파악하여 민법을 적용하고자 하더라도, 계약에서 약관삽입을 통해 선불된 용선료의 반환을 금지할 수도 있기 때문에 선박소유자와 용선자의 공정한 위험배분은 실현되기 어렵다는 문제점이 여전히 존재한다.

II. 프러스트레이션 法理의 導入方案

英美法上の 프러스트레이션 법리와 우리나라의 귀책사유 없는 후발적 이행불능의 문제는 契約을 基礎로 成立된 것으로, 특약으로 인하여 배제될 수 있다. 예를 들면 용선계약은 都給契約이므로 후불로 용선료가 지급되는

것이 원칙이나, 실무 관례상 이는 선불로 지급하고 있다. 특히 정기용선계약과 관련해서는 프리스트레이션이 성립되면 원칙상 선불금에 대한 반환이 이루어져야 하나, 이를 특약으로 배제시킬 수 있으므로 선불된 용선료를 반환받지 못하는 불공정한 위험배분의 문제가 발생할 수 있다. 또한 영국법의 준거법으로 하는 경우는 이러한 문제가 해결될 수도 있으나, 준거법 규정이 애매한 경우에는 민법상의 규정만으로는 선불된 용선료의 반환 문제를 해결할 수가 없다. 계약자유 원칙에 따라 당사자의 의사가 반영된 계약성립이 우선시 되어야 하나, 公正한 危險配分 또한 존중되어야 하므로 이를 위한 기준은 정립될 필요가 있다.

이에 정기용선계약 성립 후 예상치 못한 사정변경으로 인하여 계약을 이행하지 못할 경우 계약당사자들의 손실에 대한 공정한 배분을 위하여 商法 海商篇 第4節 定期傭船 第845條의 2에 傭船料 還給規定을 新設하여 傭船料 返還에 대한 문제를 立法的으로 해결이 이루어져야 한다고 본다. 따라서 立法案을 아래와 같이 提示하고자 한다.

商法 第845條의 2 (傭船料의 還給)

定期傭船契約이 契約當事者の 故意나 過失 없이 契約을 履行할 수 없게 된 때에는 契約에 의거하여 契約履行免除 시점 以前에 傭船者가 船舶所有者에게 傭船料를 支給한 경우에는 船舶所有者는 이를 還給해야 한다. 다만, 船舶所有者가 契約의 履行을 위하여 正當하게 지출한 費用은 이미 受領한 傭船料의 範圍 내에서 그 費用을 제하고 나머지 금액에 한하여 還給하여야 한다.

본 조문은 정기용선계약에서 당사자의 귀책사유 없이 계약이 이행불능이 된 경우 그 시점을 기준으로 용선자가 선박소유자에게 지급한 용선료가 있는 경우 발생한 위험의 공정한 배분을 위하여 용선료 반환이 이뤄져야 할 것이고, 단 선박소유자가 계약이행을 목적으로 정당하게 지출한 비용은 수령한 용선료 범위 내에서 그 지출을 인정하는 것을 내용으로 한다. 또 계약자유 원칙상 약관으로 용선료 반환을 금지할 수 있으므로, 보다 공정한 위험배분의 실현을 위하여 강행법규로 입안되는 것이 타당하다.

英美法上の判例를 통해 형성된 프러스트레이션 법리를 우리나라 상법으로 전면적으로 도입하는 것은 법체계상 힘들다고 본다. 따라서 프러스트레이션이 성립되는 경우는 歸責事由 없는 後發的 履行不能의 문제로 일부 해결을 하고, 정기용선과 관련한 문제는 일부 그 규정을 입안함으로써 부당한 위험의 발생으로 인한 계약당사자들을 보호해야 한다.

第6章 結論

계약체결당시 양 당사자들이 예측하지 못했던 우발적인 사건이 계약 체결 이후 후발적으로 발생됨으로써 이 사건이 계약 자체의 존속여부에 영향을 미치는 경우가 생길 수 있다. 이 경우 엄격하게 계약의 이행을 해당 당사자에게 강요할 경우 형평상 불합리한 경우가 있다. 즉 예측하지 못한 사건의 발생으로 계약이 후발적으로 이행불능이 된 경우 발생하는 위험의 공정한 배분을 위하여 발전한 법리가 바로 프러스트레이션 법리이다.

영국법상 용선계약체결 이후 i) 예측하지 못한 사건의 발생하여, ii) 그로 인하여 후발적 이행불능이 된 경우, iii) 그러한 사건에 대하여 양당사자의 귀책사유가 존재하지 않는다면 프러스트레이션이 성립하여 계약을 종료시킨다. 후발적 이행불능의 사유로 특정물의 滅失, 惡化, 無用, 전쟁의 발발이나 수출입금지와 같은 행정명령으로 인한 후발적 위법성, 계약목적 달성불능 등 여러 가지로 구분되나 이는 모두 후발적 이행불능에 해당한다. 그리고 계약이 종료되면 귀책사유없는 후발적 이행불능의 문제로 처리하여 계약당사자의 의무는 프러스트레이션 성립시점 이후에는 면제되고, 프러스트레이션 성립 이전의 양당사자의 권리, 의무는 그대로 존속하여 이행된다.

즉 항해용선계약이나 개품운송계약의 경우는 커먼로의 적용을 받아 프러스트레이션 성립 이전의 양당사자의 권리, 의무는 그대로 존속하므로 운송물이 목적지에 도착하지 아니하였다거나, 더 이상 그 선박을 사용할 수 없게 되었다고 하더라도 선불된 운임은 반환받을 수 없다. 그러나 계속적 계약인 정기용선계약이나 선체용선계약의 경우에는 선불된 용선료의 미반환은 불합리하므로 이에 대한 개선이 필요하였다. 이에 발생한 것이 바로 1943년의 Law Reform (Frustrated Contracts) Act이다.

따라서 정기용선계약과 선체용선계약에 있어 프러스트레이션이 성립이 되면 1943년의 同법률개혁법의 적용을 받아 항해용선계약이나 개품운

송계약과는 달리 용선자는 선불된 용선료를 반환받을 수 있다. 즉 사용할 수 없게 된 기간에 상당하는 용선료를 반환받는 것이다. 마찬가지로 선박 소유자는 용선료가 후불조건이더라도 프러스트레이션 이전에 용선자가 그 선박을 사용한 기간에 상당한 용선료를 지급받을 수 있게 되었다.

그리고 프러스트레이션은 계약서상 구체적이고 명확한 배계약관을 포함하고 있지 않는 한 성립되어 계약을 종료한다.

한편 대륙법계 국가인 우리나라의 경우는 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 事情變更의 原則이 프러스트레이션 法理와 유사하다고 거론되고 있는데, 비교결과 계약의 수정에 중점을 둔 事情變更의 原則과는 차이가 있고, 계약의 소멸에 중점을 두고 있는 歸責事由 없는 後發的 履行不能과 유사하다고 생각한다. 즉 외부사정의 예기치 못한 변동으로 급부가 매우 곤란하거나 그 이행이 계약의 본래의 목적에 따르는 합리성이 없을 때엔 채무자의 면책이 고려되어야 한다는 결론에서 프러스트레이션과 귀책사유 없는 후발적 이행불능의 공통점을 확인할 수 있었다. 따라서 우리나라는 프러스트레이션 법리와 관련된 분쟁발생시 '귀책사유없는 후발적 이행불능'을 기준으로 해결할 수 있다. 그리고 우리나라는 해상법상 영국법을 준거법으로 하여 적용하고 있으므로 정기용선계약상 문제가 되는 선불된 용선료 반환은 1943년의 同법률개혁법의 적용을 받아 하여 용선자는 선불된 용선료를 반환받을 수 있다. 그러나 프러스트레이션 법리는 排除約款으로 프러스트레이션 법리적용을 배제할 수 있으므로 분쟁발생의 소지는 여전히 남는다. 또한 영국법을 준거법으로 하고 있지 않은 국내의 바지선과 같은 선박의 정기용선계약의 경우에도 선불된 용선료의 반환문제는 여전히 남아 있다.

이에 프러스트레이션 法理의 導入方案을 제시하였다. 英美法上의 판례를 통해 형성된 프러스트레이션 법리를 우리나라 商法으로 전면적으로 도입하는 것은 법체계상 힘들다고 본다. 또한 1943년 법률개혁법과 커먼로가 특별법과 일반법의 관계로 법에 별도의 규정이 없는 경우에는 나용선계약과 정기용선계약에서도 커먼로가 보충적으로 적용된다고 보고, 특약을 통한 선불금의 반환을 방지하는 것을 금지하는 것은 합당하다.

따라서 프러스트레이션이 성립되는 경우는 '歸責事由 없는 後發的 履

行不能'으로 일부를 해결하고, 정기용선과 관련한 문제는 '傭船料 還給' 규정을 입안함으로써 부당한 위험의 발생으로부터 계약당사자들을 보호해야 한다. 이러한 문제점을 해결하고자 商法典에 定期傭船에 있어서의 프레스 트레이션 규정을 입법화하여 계약당사자들의 손실에 대한 공정한 배분이 이루어지도록 하는 것이 바람직하다.

즉 商法 海商編 第4節 定期傭船에 第845條의 2에 傭船料 還給에 관한 규정을 新設하는 立法的 解決方案을 提示한다.

商法 第845條의 2 (傭船料의 還給)

定期傭船契約이 契約當事者の 故意나 過失 없이 계약을 이행할 수 없게 된 때에는 계약에 의거하여 契約履行免除 時點 以前에 傭船者가 船舶所有者에게 傭船料를 지급한 경우에는 船舶所有者는 이를 還給해야 한다. 다만, 船舶所有者가 契約의 履行을 위하여 정당하게 지출한 費用은 이미 수령한 傭船料의 범위 내에서 그 비용을 제하고 나머지 금액에 한하여 還給하여야 한다.

ABSTRACT

A Study on Frustration Doctrine in Charter Party

Woo, Bo-Yeon

Department of Maritime Law
The Graduate School of
Korea Maritime University

It is evident that the party is responsible when the performance of contract is impossible for the reason that one party takes the responsibility. However the question of whether it is fair to force the party to fulfill the specific content of contract exactly is raised in case that the performance of contract is impossible due to any other causes beyond the control of party, and the presupposed party's intention is fundamentally changed even if supervening illegality or the physical performance is possible.

In the past, common law required complete performance of duties on a contract. That is, it was a general rule of contract law that a party to a contract who did not perform his obligation was liable for damages even if such performance had been rendered impossible by events which had occurred subsequently. But this strict rule was first released in 1863 in the case of *Taylor v. Caldwell*. Since then English courts

developed a concept whereby an excuse might be allowed when the purpose of contract was frustrated by events occurring subsequent to this signing of the contract. That is Frustration Doctrine.

But there is a difficulty in understanding a standard judgement about in indemnification due to the frustration because not only there is no consistency even in British law and American law, which are thought to be similar on the agreement of contract, but also Anglo-American law is fundamentally different from the Continental law in the condition, form and effect of frustration. And internationally accepted law or regulation to control the problems of frustration has not yet been set.

The frustration doctrine of the charter is following. Where an event occurs without default of either party, whether it be the total loss or commercial destruction of the ship under time charter, or requisition or detention of the ship for an inordinate period of time, or whether it be that performance of the time charter becomes illegal or impossible because of the destruction or discontinuance of something essential to its performance, the contract will be terminated by operation of law if the effect of the event is such as to destroy the identity of the charter service or to make it, as a matter of business, a totally different thing, which the contract is not wide enough to encompass.

Accordingly, the purpose of this study is to clarify the concept of Frustration doctrine and conditions as well as to consider the Charter Party by way of comparative law and case study. Also this study proposed the legislation for the induction of the Frustration Doctrine in Commercial Law. The Clause purports that when a time charter party is frustrated by event without default of either party, charterer is able to restore the paid charter rates and shipowner can receive the expenses for the service of the time chartered.